



**XXV CONGRESO DEL INSTITUTO
HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE DERECHO INTERNACIONAL**

Villa General Belgrano (Córdoba), República Argentina

Del 22 al 26 de septiembre de 2008

**ARBITRAJE Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN
ECONÓMICA REGIONAL: LA EXPERIENCIA EN
EL MERCOSUR**

Ponente: Dra. Zlata Drnas de Clément (Argentina)

Asociada del I.H.L.A.D.I.

SECRETARÍA GENERAL

MADRID - 2008

**ARBITRAJE Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA
REGIONAL: LA EXPERIENCIA EN EL MERCOSUR**

Zlata DRNAS DE CLEMENT *

Asociada del I.H.L.A.D.I.

Sumario:

INTRODUCCIÓN.

I.- ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ARBITRAJE.

II.- LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN DISTINTOS PROCESOS DE
INTEGRACIÓN: RECURSO AL ARBITRAJE.

III.- LA EXPERIENCIA DEL MERCOSUR.

III.1.- SISTEMA ARBITRAL EN EL MERCOSUR.

III. 2.- EL APOORTE DE LOS PRONUNCIAMIENTOS ARBITRALES EN
MATERIA DE NATURALEZA DEL PROCESO DE
INTEGRACIÓN MERCOSUREÑO.

III. 2. a. TRIBUNALES AD HOC.

III. 2. b. TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN.

IV.- REFLEXIONES FINALES.

* Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

INTRODUCCIÓN

El modelo de solución de controversias que se adopta en cualquier proceso organizativo jurídico es reflejo del grado de desarrollo del sistema y del compromiso asumido por los Estados Partes o Miembros en la consecución de los objetivos concertados. Ello adquiere especial significación en los procesos de integración, atento a la necesidad garantizar no sólo el cumplimiento de la normativa del sistema, dar seguridad jurídica e impulso al sistema a través de una interpretación normativa uniforme, sino responder a la dinámica progresiva de esos procesos desde una sólida estructura jurídica central.

Cabe preguntarse si el sistema arbitral, como tal, de conformidad a su naturaleza propia es apto para permitir que un proceso integrador se consolide, lo que se considerará brevemente en primer término (I). En segundo lugar, se dará un rápido pantallazo a los distintos procesos de integración y el sistema de solución de controversias que han adoptado a los fines de visualizar la relación existente entre objetos-fines / estructura institucional / solución de controversias (II). Finalmente se analizará el aporte de los tribunales arbitraje del MERCOSUR en la consolidación y profundización de ese proceso integrador (III).

Este trabajo presenta numerosas limitaciones no sólo por su condición de breve ponencia, sino también por la parcialidad de los tratamientos. Tal como bien señala Fernández Rozas, el arbitraje presenta numerosas dualidades, entre ellas, la convivencia del arbitraje en materia de derecho internacional público ('arbitraje internacional' que involucra sólo a sujetos de Derecho internacional) con el de derecho internacional privado (arbitraje contractual, comercial internacional, arbitraje de inversiones, que implica a sujetos heterogéneos)¹. En el presente trabajo hemos de centrarnos en el arbitraje señalado en primer término, es decir, el que se desarrolla en el plano del derecho internacional público.

¹FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. "El Arbitraje internacional y sus Dualidades", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2006, pp. 14 y ss.

I.- ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ARBITRAJE

El arbitraje, probablemente tan antiguo como la humanidad, es considerado el primer procedimiento jurisdiccional de arreglo de controversias internacionales que ha surgido en la sociedad de Estados soberanos².

No corresponde que nos detengamos en la evolución histórica del arbitraje, sin embargo, dado que constituye un verdadero *antecedente de los procesos de integración* actuales, queremos recordar que durante la Edad Media e inicios de la Moderna, la *Hansa alemana* desarrolló un sorprendente modelo de cooperación acentuada entre más de 70 ciudades importantes y 100 menores del Noreste germano. Se desarrolló entre los siglos XIII y XVII, con gran fortaleza económica y política pero débil estructura institucional. En sus inicios fue una mera asociación de comerciantes pero ya en el XIII los mercaderes dejaron de operar individualmente para organizarse bajo la representación de sus ciudades. La única institución común fue la Dieta (asamblea de ciudades miembros), la que decidía en todas las cuestiones de importancia (*i.a.* económicas, ratificación de tratados, admisión o exclusión de miembros, etc.). Cada miembro tenía un voto y las decisiones se adoptaban por mayoría. Las sanciones podían consistir en la exclusión del miembro de ciertos beneficios o incluso en su expulsión. Los desentendimientos se sometían a arbitraje. En 1382, Anklam (ciudad del Noreste de Alemania) fue amenazada por la Dieta de expulsión por negarse a aceptar el laudo de una corte de arbitraje en una cuestión inter-hanseática. En 1557 la Asamblea Hanseática de Lübeck reorganizó la Liga. En ese marco, las ciudades de la Hansa suscribieron un acuerdo que estipulaba que todas las disputas internas entre las ciudades debían ser ineludiblemente sometidas a un tribunal de arbitraje³.

² LAMMASCH, H., « Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in Ihrem ganzen Umfange», en *Handbuch des Völkerrechts*, Vol. III, Kohlhammer, Stuttgart, 1914, cf. TAUBE, M. von “Les origines de l’arbitrage international. Antiquité et Moyen Age”, *Recueil des Cours*, V. 42, (1932-IV), p. 279 y ss. CASTILLO FREYRE, M. *Orígenes del arbitraje*, p. 1, (http://www.castillofreyre.com/articulos/pdfs/origen_del_arbitraje.pdf).

³ SCHULZ, H. *The Institutional Structure of the Hanseatic League*, http://www.polisci.upenn.edu/faculty/faculty-articles&papers/Schulz_HL.pdf.

V. asimismo, <http://www.gdansk.pl/en/article.php?category=453&article=925&history=453>

El arbitraje internacional del Estado moderno encuentra su primera manifestación pactada en el Tratado de Paz de Westfalia, diseñado como instrumento de pacificación amistoso (Art. 5)⁴. Este tipo de solución de controversia, institucionalizado, con estructura jurídica moderna, se encuentra por primera vez en el “Tratado Jay” o Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Gran Bretaña y los Estados Unidos (Londres 1794)⁵. Suele considerarse que el arbitraje en el asunto del crucero *Alabama* (1872), llevado adelante en el marco del Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871, celebrado entre Gran Bretaña y los EE.UU., constituye la primera manifestación de conformación de un tribunal arbitral verdaderamente internacional, por haber sesionado en territorio neutral (Ginebra) y haber estado conformado en su mayoría por árbitros de terceros Estados (norteamericano, británico, brasileño, suizo, italiano). Respondía al criterio básico según el cual el rol pacificador del arbitraje tanto mejor se realiza cuanto mayor intervención de terceros aporta⁶.

El Acta Final de la Conferencia de Berlín de 1885 (adoptada por Gran Bretaña, Austro-Hungría, Bélgica, España, Estados Unidos, Dinamarca, Francia, Alemania, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Rusia, Suecia y Turquía) -más allá de las críticas que con el tiempo habría de recibir en el marco del rechazo al colonialismo formal y al neocolonialismo- en su Art. XII contempló, para el caso de desentendimiento grave con relación a la interpretación del Acta que coloca a los territorios que enuncia en el Art. I (cuenca del Congo y adyacentes) bajo el sistema de “*zona de libre comercio*”, la opción de recurrir al arbitraje⁷.

⁴ Treaty of Westphalia. “Art. 5: (...) (T)he *Controversy* touching Lorain shall be referred to *Arbitrators* nominated by both sides, or it shall be terminated by a *Treaty* between *France* and *Spain*, or by some other *friendly* means; and it shall be *free* as well for the *Emperor*, as Electors, *Princes* and *States* of the Empire, to *aid* and *advance* this *Agreement* by an *amicable* Interposition, and other *Offices* of Pacification, without using the *force* of *Arms*.” (<http://law-ref.org/WESTPHALIA>).

⁵ El tratado encomendó a comisiones mixtas arbitrales la resolución de las diferencias entre ambos países surgidas a raíz de la [guerra de la Independencia](#). De conformidad al Art. VI del Tratado, dos árbitros serían designados por su Majestad británica y dos por el Presidente de los EE.UU., eligiendo los cuatro designados al quinto árbitro de común acuerdo. Debían asumir el compromiso de actuar con “honestidad, diligencia, imparcialidad” y sentenciar conforme a la “justicia y a la equidad”.

⁶ V. *infra* Nota 14.

⁷ “Art. XII: In case a serious disagreement originating on the subject of, or in the limits of, the territories mentioned in Article I, and placed under the free trade system, shall arise between any Signatory Powers of the present Act, or the Powers which may become parties to it, these Powers bind themselves, before appealing to arms, to have recourse to the mediation of one or more of the friendly Powers. In a similar case the same Powers reserve to themselves the option of having recourse to arbitration.” (el resaltado nos pertenece) (<http://www.thelatinlibrary.com/imperialism/readings/berlinconference.html>).

Los hitos históricos que instalan el arbitraje institucionalizado con caracteres permanentes a nivel universal, lo representan las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 (aún hoy vigentes). La primera, con la adopción de la Convención sobre Solución Pacífica de Controversias Internacionales que contempla la creación de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya⁸ y la segunda, con la aprobación de una nueva Convención sobre Solución Pacífica de Controversias⁹ sobre la base de la anterior (en vigor a la fecha con

⁸ Desarrolla bajo el Título IV *Del Arbitraje Internacional* los capítulos I (*Sobre el sistema de arbitraje*-Arts. 15 a 19), II (*Sobre la Corte Permanente de Arbitraje*-Arts. 20 a 29) y III (*Sobre el procedimiento arbitral*-Arts. 30 a 61).

⁹ La segunda convención amplía los tratamientos de la Convención de 1899 y agrega un nuevo capítulo, quedando: Título IV *Del Arbitraje Internacional*: Cap. I: *De la justicia arbitral* (Arts. 36 a 40); Cap. II: *Del Tribunal Permanente de Arbitraje* (Arts. 41 a 50); Cap. III: *Del procedimiento arbitral* (Arts. 51 a 85), Cap. IV: *Del procedimiento sumario de arbitraje* (Arts. 86 a 90). (V. www.pca-cpa.org).

108 Estados Partes)¹⁰. El arbitraje en esos convenios ha quedado definido con las siguientes características sustanciales¹¹⁻¹²:

- medio de solución pacífica de controversias pactado entre las partes para resolver cuestiones existentes o que surjan en el futuro (generales o particulares)¹³;
- medio de solución pacífica de controversias a través de árbitros (jueces de la elección de las partes)¹⁴;

¹⁰ El Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya (TPAH), basado en ambos convenios, en los últimos años ha experimentado una explosión de casos en los que se ha visto llamada a actuar, muchos de ellos en rol originario y otros específico a través de su Oficina Internacional, bajo disposiciones de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL); el Consejo Internacional para el Arbitraje Internacional (CIAI-ICCA), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI/ICSID); la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM), la Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino en el Noreste Atlántico (OSPAR); la Carta Energética; la solución de diferendos relativos a Recursos Naturales y/o Medio Ambiente. La expansión creciente señalada se observa en los resultados del Grupo de Trabajo de composición abierta de Expertos jurídicos y técnicos sobre responsabilidad y compensación en el contexto del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, el que en su quinta reunión de Cartagena, Colombia (12-19 de marzo de 2008), consideró el rol de la Corte Permanente de Arbitraje para la efectivización de un sistema de responsabilidad y compensación en el marco del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología de conformidad al Art. 27 del convenio (en particular controversias en materia de seguridad de la biotecnología). Ante el TPAH no sólo litigan Estados. Las *Cláusulas Modelo a utilizarse en Relación con los Reglamentos Facultativos de la Corte Permanente de Arbitraje* distinguen las cláusulas según se trate de Arbitraje de Controversias entre: *- dos Estados, *- dos partes de las que solamente una es un Estado, *- Organizaciones Internacionales y Estados, *- Organizaciones Internacionales y partes privadas. V. SOBARZO, A. “El Centenario de la Corte Permanente de Arbitraje”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I (2001), pp.323 y ss.

¹¹ Deben tenerse presentes en particular los siguientes artículos de la Convención de 1907: “*Artículo 37. El arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley. El recurso al arbitraje implica el compromiso de someterse al laudo de buena fe*” (el resaltado nos pertenece). “*Artículo 38. En cuestiones de naturaleza jurídica y especialmente en cuestiones de interpretación o aplicación de convenciones internacionales, las Potencias Contratantes reconocen el arbitraje como el método más eficaz y al mismo tiempo el más justo para resolver controversias que no se hayan resuelto por la vía diplomática. Consecuentemente, sería deseable que, en las controversias sobre las cuestiones anteriormente mencionadas, los Poderes Contratantes recurran, llegado el caso, al arbitraje, en la medida que las circunstancias lo permitan*” (el resaltado nos pertenece). “*Artículo 39. Se concluye la convención de arbitraje para controversias existentes o controversias que surjan eventualmente. La misma puede abarcar todo tipo de controversias o solamente aquellas de una categoría determinada*” (el resaltado nos pertenece). “*Artículo 40. Independientemente de tratados generales o particulares que expresamente estipulen el recurso obligatorio al arbitraje para las Potencias Contratantes, estas Potencias se reservan el derecho de concluir acuerdos nuevos, generales o particulares, con miras a extender la aplicación del arbitraje obligatorio a todos los casos que éstas consideren posible someterle*” (el resaltado nos pertenece).

¹² Dado que pretendemos destacar algunos aspectos propios de la naturaleza del arbitraje a los fines de una mejor percepción del rol de ese medio de solución de controversias en los procesos de integración y, en particular, en el MERCOSUR, pero al mismo tiempo consideramos que se trata de características ampliamente conocidas por todos los Miembros, Asociados y Observadores del IHLADI, nos tomamos la atribución de recargar las notas de pie de página.

¹³ El consentimiento más que un elemento del arbitraje es un verdadero presupuesto de la institución. Más aún, la competencia de los árbitros depende de las atribuciones que las partes le confieren al consentir la jurisdicción. Ello a tal punto que si el tribunal no se atiene a la competencia atribuida, acarreará la nulidad de

- medio de solución al cual se acude sólo si la controversia no se ha podido resolver por vía diplomática¹⁵;
- medio de solución al que se arriba a través de un laudo, sentencia arbitral o fallo sobre la base del respeto a la ley¹⁶ (más allá de que las partes puedan pactar una solución *ex aequo et bono*¹⁷);
- recurso al arbitraje conlleva el compromiso de someterse al laudo de buena fe¹⁸.

la sentencia o laudo. Ello ha llevado a afirmar que, genéticamente, el arbitraje es una institución del derecho internacional convencional ya que *sin acuerdo no hay arbitraje*. La aceptación de la jurisdicción y determinación de la competencia del tribunal puede manifestarse a través de: *-un acuerdo general por el que los Estados convienen someter al arbitraje todas las controversias o todas las de determinada categoría, que surjan entre ellos en el futuro y no puedan resolverse por negociaciones directas (también conocido como “arbitraje institucional”, término utilizado por primera vez por Lammasch. (Cf. MAKOWSKI, J. “L’Organisation actuelle de l’arbitrage international”, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 1931-II p. 297); *-una cláusula arbitral inserta en un tratado, en virtud de la cual las partes se obligan a someter al arbitraje las controversias que en el futuro pudieran surgir entre ellas en materia de interpretación y aplicación del tratado; *-un compromiso arbitral como acuerdo especial para la solución de una controversia ya surgida. El tribunal, al igual que el procedimiento arbitral es determinado de común acuerdo por las partes, pudiendo considerarse al ente *órgano común de las partes*. La idea de *arbitraje obligatorio* no significa que la jurisdicción le sea impuesta a los Estados, ya que toda jurisdicción internacional es voluntaria y expresamente aceptada por las potencias contendientes. En el asunto *Ambatielos (Fondo)* la CIJ ha declarado que “*es un principio bien establecido en derecho internacional (...) que un Estado no está obligado a someter sus controversias a arbitraje sin su consentimiento*” (CIJ *Recueil*, 1953, p. 19). Se puede hablar de *arbitraje obligatorio* cuando se hallan presentes las siguientes condiciones: *- hay obligación de someter a arbitraje conflictos que pueden producirse en el futuro. Se trata de un compromiso asumido en abstracto (“arbitraje institucional”); *- la intervención del árbitro, de conformidad a lo acordado por las partes, está asegurada en tanto que él no puede ser excluido o paralizado por la resistencia de una de las Partes o un desacuerdo entre los dos. Es decir, se trata de un procedimiento accionable automáticamente, “*de oficio*”, previendo el sistema modos de superar eventuales escollos. La cuestión de si un modelo de arbitraje es obligatorio o no depende de lo acordado con relación a su procedimiento. Es decir que, la obligatoriedad no depende de la extensión de las facultades del árbitro, de la amplitud de su competencia. La Conferencia de La Haya de 1907 logró avanzar con relación a la Convención de 1899 e introdujo artículos en los que se contempla el “compromiso obligatorio”, si bien con limitaciones: “*Art. 53. La Corte Permanente será competente para establecer el compromiso, si las Partes están de acuerdo en encomendárselo. Asimismo será competente, aunque la demanda haya sido hecha por una de las Partes, después de haber intentado en vano un acuerdo por la vía diplomática (...)*”. “*Art. 54. En los casos previstos en el artículo anterior, el compromiso será establecido por una comisión compuesta de cinco miembros, de la manera prevista en el artículo 45, párrafos 3 y 6*”, en la que en definitiva, tras una serie de desacuerdos, “la suerte”. determinará la composición.

¹⁴ Dag Hammarskjöld, en obra publicada en 1921, había puesto el acento en esta característica: “(E)l principio dominante del arbitraje es (...) otorgar a las partes la libertad de recurrir a los jueces que ellos mismos han elegido” (Cf. SHINDLER, D. “Les progrès (...)”, *Op. Cit.*, p. 292). La composición de los tribunales arbitrales muestra variados tipos, *i.a.*: *- Arbitro único (frecuentemente, en el siglo pasado, un Jefe de Estado, diplomático, jurista de reconocida competencia). En algunos casos, el único árbitro ha designado una comisión o tribunal arbitral compuesto por miembros con conocimientos técnicos, dictando el árbitro la sentencia basándose en el informe de ese órgano (vg.: Arbitraje del Rey de España en el asunto entre Honduras y Nicaragua de 1906; Arbitraje de la Reina de Inglaterra en el asunto del Beagle en 1977); *- Comisiones mixtas compuestas paritariamente por nacionales de ambos Estados con un superárbitro con la responsabilidad de decidir en caso de desacuerdo entre los miembros designados en representación de Estado contendiente (vg: Tribunales *Ad Hoc* en el sistema MERCOSUR); *-Tribunal arbitral compuesto

Destacamos estos elementos del perfil del arbitraje -a pesar de ser ampliamente conocidos- ya que la falla de alguno de ellos, tal como lo señaláramos en Nota 12, puede gravitar en el mayor o menor grado de acatamiento de los laudos y del éxito de la función arbitral como medio de solución de controversias de un proceso de integración, en particular, en el MERCOSUR, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

exclusivamente por personalidades relevantes de terceros países o con incorporación de un árbitro designado por cada parte en conflicto pero dentro de un tribunal de tres o cinco personas, en la que los árbitros de las Partes contendientes constituyen minoría (vg.: Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR). Se ha estimado que tanto mejor cumple su función el arbitraje cuanto mayor es el número de árbitros de terceros Estados que integren el Tribunal. Ya desde los tiempos de Grocio se resaltó el esencial rol pacificador del tercero neutral (“...[für tatsächlich nützlich und beinahe notwendig, daß zwischen christlichen Mächten bestehende Streitigkeiten durch unbeteiligte Dritte entschieden werden (el resaltado nos pertenece) (GROOT, H. van *De Iure belli ac pacis*, libri tres, in quibus ius naturale et gentium, item iuris publici praecipua explicantur, 1635, L. II, c. XXIII, § viii; L. III, c. XX, §xvi. (<http://www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/96548.html>)). En algunos casos, el tratado remite a las partes a un tribunal ya constituido. Por ejemplo, en la etapa inter-guerras, se señaló a la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuyo caso el órgano judicial dejaba su función judicial y actuaba como tribunal arbitral ordinario. Similar situación encontramos en modelos de solución de controversias establecidos en el marco de procesos de integración. V. *infra* el Punto II de este trabajo. Los casos en que el tratado general no contempla la necesidad de celebrar un compromiso para la constitución del órgano arbitral ya que éste se halla designado de antemano, la modalidad arbitral se considera una transición a la solución judicial. En ese caso, cada parte tiene el derecho de accionar contra la otra mediante demanda directa ante el tribunal, el cual se constituye conforme las normas establecidas y decide conforme a derecho ya precisado. Este tipo de arbitraje, es el considerado *arbitraje obligatorio* por excelencia. Las principales críticas que se han hecho -para diferenciarlo de las bondades del sistema judicial- es que esos tribunales (en su mayoría) no tienen suficiente autoridad, en tanto son órganos de las Partes, surgidos de su propia elección, y generalmente, sufragados por ellas. Además, en algunos casos, como el de los tribunales *ad hoc*, se los critica por no tener continuidad y estar constituidos para cada diferendo en particular; en el caso de los tribunales permanentes, se les reprocha la breve duración de los mandatos de los árbitros del tribunal. Ello, se entiende que les impide construir jurisprudencia y contribuir así al progreso y desarrollo del derecho. La modalidad intermedia entre el arbitraje y el sistema judicial ha sido denominada también *arbitraje integral*, en tanto busca constituir una organización que funcione de modo similar al sistema judicial de los Estados (tribunal estable a disposición de las partes de modo permanente). Téngase presente lo señalado en Nota 13 *in fine* con relación al arbitraje obligatorio.

¹⁵Todas las formas de solución pacífica de los diferendos internacionales -salvo el procedimiento judicial-proceden por *filiación directa, de las negociaciones diplomáticas*. Ese tipo de negociaciones constituyen la etapa necesaria de cualquier procedimiento pacífico de solución de controversias. La gran mayoría de los tratados de conciliación y arbitraje sólo someten al arbitraje los litigios o conflictos que no han podido ser resueltos, en un plazo razonable, por los procedimientos diplomáticos ordinarios. Cuando a través de las negociaciones directas (con o sin intermediación institucional) no se ha arribado a un entendimiento, es decir se ha producido un nivel de desentendimiento mayor que el inicial (al menos profundizado por la precisión de las discrepancias), se acude al concurso de un tercero.

¹⁶ Es medio útil para resolver cuestiones de naturaleza jurídica, en particular, cuestiones de interpretación o aplicación de convenciones internacionales. Debe tenerse presente que la función del tribunal arbitral no es “decir el derecho” (como lo hacen los tribunales judiciales) sino “pronunciarse sobre la legalidad-legitimidad de las pretensiones de los contendientes”. V. *infra*.

¹⁷ Este tipo de jurisdicción (jurisdicción de equidad), conforme a lo justo y a lo bueno, de acuerdo a la equidad y a la conciencia, no debe ser identificado con el pronunciamiento *contra legem*, aun cuando una muy amplia facultación por parte de las partes podría permitirlo. Hay muy escasos antecedentes de otorgamiento

El arbitraje ha tenido un rol central en las relaciones entre Estados soberanos hasta la creación de tribunales de justicia internacionales, en particular el Tribunal Permanente de Justicia Internacional tras el fin de la Primera Guerra Mundial¹⁹. La función primordial dada al arbitraje se ha podido observar, particularmente, en el Pacto de la Sociedad de Naciones (SdeN)²⁰, rol aún más destacado que el asignado al Tribunal Internacional de Justicia en el sistema onusiano²¹.

de tal tipo de facultades a jueces o árbitros Tal el caso de los Protocolos Instituyentes de las Comisiones Arbitrales Mixtas Venezolanas de 1902 y 1903 (bloqueo de los puertos venezolanos por parte de Alemania, Italia e Inglaterra), las que estaban facultadas para emitir sus fallos “sobre la base de la equidad absoluta, sin tener en cuenta las objeciones de naturaleza técnica o las reglas de legislación local”. VALENCIA RESTREPO, H. *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica *Dike*, Medellín-Colombia, 2003, p. 468.

¹⁸ Uno de los elementos esenciales del arbitraje, tal como lo establecen los Arts. 18 y 37 de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, respectivamente, es la obligación de ejecutar de buena fe la sentencia arbitral, ello implica la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su fiel cumplimiento. Dado que, generalmente, el tribunal arbitral concluye su función con el pronunciamiento del fallo, corriéndose el peligro de incumplimiento del mismo, se estima que es conveniente estipular en el mismo compromiso arbitral que no se considerará disuelto el tribunal, ni cumplida su labor (*functus officio*) hasta que se haya dado cumplimiento a la sentencia a satisfacción del tribunal.

¹⁹ Desde la Conferencia de 1907 y hasta el inicio de la primera Guerra Mundial se suscribieron más de 70 tratados de arbitraje y se adoptaron más de 30 cláusulas arbitrales en convenios de otra naturaleza.

²⁰ El Pacto de la Liga, observando las características del arbitraje señaladas precedentemente, dispuso en su Art. 12 que “*los Miembros de la Liga convienen en que, si se produjera entre ellos alguna divergencia que pudiese conducir a una ruptura, someterán el asunto al arbitraje o a la encuesta del Consejo; conviniendo en no recurrir en caso alguno a la guerra antes de los tres meses de haberse producido el fallo por los árbitros o el informe por el Consejo (...)*”. Además, en su Art. 13 estableció: “*Los Miembros de la Liga convienen en que en el caso de suscitarse entre ellos alguna divergencia que, a su juicio, pudiese ser sometida a arbitraje y que no pudiera ser resuelta satisfactoriamente por la vía diplomática, someterán la cuestión íntegra al arbitraje. Se declara que entre los asuntos que en general pueden ser sometidos a arbitraje, están comprendidas las divergencias sobre la interpretación de un tratado, sobre cualquier cuestión de derecho internacional, sobre la existencia de algún derecho cuyo surgimiento constituiría la violación de alguna obligación internacional, o sobre la extensión y naturaleza de la reparación que debe hacerse por tal violación. Para la consideración de cualquiera de esas divergencias, el tribunal de arbitraje al que se someterá el caso deberá ser el tribunal convenido por las partes en el conflicto, o estipulado en alguna convención existente entre las mismas. Los Miembros de la Liga convienen en cumplir lealmente todo fallo que fuese pronunciado, y en no recurrir a la guerra contra un Miembro de la Liga que se sometiera a dicho fallo. En el caso de cualquier falta de cumplimiento de uno de esos fallos, el Consejo propondrá las medidas que serán tomadas para asegurar su ejecución*”. Además, el Art. 16 del Pacto de la SdeN dispuso: “*Si cualquier Miembro de la Liga recurriera a la guerra contrariamente a las obligaciones contraídas por él de acuerdo a los Art. 12, 13 y 15, será ‘ipso facto’ considerado como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los demás Miembros*” (el resaltado nos pertenece). Si bien no establecía el arbitraje obligatorio, mostró una preferencia por ese sistema de solución de controversias. Es de observar que dispuso la obligación de observar el fallo arbitral pero nada dijo al respecto con relación al dictamen del Consejo, ni siquiera en caso de ser adoptado por unanimidad. Ello permite concluir que el Pacto de la Sociedad de Naciones colocaba a los pronunciamientos de derecho en rol superior a los de índole política, contribuyendo así a la *construcción jurídica* del sistema.

²¹ Tal como se señalara, la normativa de la SdeN era más estricta y “societaria” que la de la Carta de Naciones Unidas, en tanto el Art. 94.2 de la Carta de NU -a pesar de tratarse de los fallos de la CIJ, principal órgano judicial internacional- dispone: “Si una de las partes en el litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte *podrá* recurrir al CdeS, el cual *podrá, si lo cree necesario, hacer*

La Sociedad de Naciones contribuyó al desarrollo del arbitraje internacional no sólo a través de las disposiciones del Pacto de la Liga sino a través de otros acuerdos adoptados bajo su signo, entre ellos, los Acuerdos de Locarno de 1925²² y el Acta General para el Arreglo Pacífico de Controversias de 1928²³. Es de tener presente que este último instrumento fue base, tras la Segunda Guerra Mundial, del Proyecto de Convención elaborado por la *Comisión de Derecho Internacional (CDI)*, aprobado por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 268/III de 28 de abril de 1949 (*Restitución de la Eficacia Inicial al Acta General del 26 de septiembre de 1928*). La CDI seleccionó con carácter prioritario el tópico relativo a *procedimiento arbitral* para incluirlo en su agenda a largo plazo en su primera sesión (1949) y designó en 1950 como relator especial a Georges Scelle. En el décimo período de sesiones la CDI aprobó 39 proyectos de artículos sobre *Procedimiento Arbitral*. La Asamblea General de Naciones Unidas en Res. 1262 (XIII) de 14 de noviembre de 1958, en el cuarto párrafo preambular señaló: “*Teniendo en cuenta las explicaciones de dicho informe [Informe de la CDI] que indican en particular, que los artículos del proyecto sobre procedimiento arbitral que figuran en el mismo sólo obligan a los Estados si fueren aceptados, y ello en la medida en que cada uno de esos artículos fuere aceptado por los Estados en los tratados de arbitraje o en las cláusulas de compromiso*”. En el punto tercero de la parte resolutive se limitó a expresar que señalaba a la atención de los Estados para que consideraran los artículos del proyecto y los utilizaran al redactar tratados de arbitraje o compromisos. Varios miles de convenios de arbitraje y cláusulas compromisorias habrían de celebrarse bajo ese modelo.

De conformidad a lo expresado precedentemente, el arbitraje internacional en el plano del derecho público, por su propia naturaleza, se muestra apto para contribuir a la *recomendaciones o dictar medidas* con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo” (el resaltado nos pertenece). Es decir, que en ese marco, el no cumplimiento de un fallo de la Corte no se considera una violación al sistema de las NU como tal, que mueva de oficio la acción del CdeS. La Carta deja al incumplimiento en la esfera de la acción particular de los Estados damnificados por el incumplimiento, siendo una facultad de la parte perjudicada reclamar ante el CdeS y una facultad del Consejo adoptar o no recomendación o medidas. El no cumplimiento de una sentencia de la Corte debería considerarse en sí misma una grave violación del sistema onusiano.

²² Los siete pactos celebrados entre Alemania, Francia, Bélgica, Gran Bretaña e Italia buscaron garantizar el mantenimiento de la paz, la seguridad de las fronteras y favorecer la estabilidad y prosperidad económica en Europa Occidental tras la primera Guerra Mundial.

²³ El Cap. III del Acta está dedicado al *Arbitraje*. Los Arts. 21 y 22 establecieron que si la conciliación no resultaba posible, el litigio debía ser elevado a un tribunal de arbitraje compuesto por cinco miembros de diferente nacionalidad (dos ciudadanos de los Estados partes y tres no radicados en esos territorios).

clarificación y consolidación del derecho de un proceso de integración, pero no se manifiesta adecuado para imprimir una dinámica integradora que imponga pretorianamente un nuevo perfil al sistema institucional y normativo del modelo integrador adoptado por los EP. El tribunal arbitral es órgano de las partes pero no es órgano del proceso.

II.- LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN DISTINTOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN: RECURSO AL ARBITRAJE²⁴

Si bien, los procesos de integración entre pueblos soberanos encuentran antecedentes muy remotos, en su perspectiva contemporánea, hallan su perfil moderno e impulso tras el fin de la Segunda Guerra Mundial atento a la necesidad de buscar modos de atemperar en distintas regiones del mundo las consecuencias económicas del referido conflicto bélico y dar respuesta a los requerimientos de un mundo más industrializado e interconectado. Esos procesos económicos y políticos tendentes a la constitución de espacios ampliados mediante uniones económicas o políticas entre varios Estados se dieron particularmente en Europa, América latina, África y Asia meridional. Todos ellos, generalmente, desde el inicio de sus procesos y como parte de las garantías de cumplimiento de los compromisos asumidos, han buscado institucionalizar sistemas de solución de controversias. En varios, se ha previsto el recurso al arbitraje en el marco de un proceso de integración, si bien, un significativo número de procesos ha optado por el más perfecto y dinamizador sistema judicial, tal el caso de las Comunidades Europeas, el Sistema de Integración Centroamericano, la Comunidad Andina de Naciones, la Unión del Magreb Árabe, la Unión Monetaria y Económica del Oeste Africano, la Unión Económica de Estados Centro Africanos, el Mercado Común de África del Este y Meridional entre otros.

²⁴ Atento a la conveniencia de no efectuar comentarios innecesarios, nos limitaremos a resaltar con bastardilla los aspectos relevantes de los distintos sistemas de solución de controversias. Como criterio de ordenamiento para la secuencialización de la exposición sobre los distintos sistemas de integración, hemos seguido el área continental del modelo más desarrollado institucionalmente o el más dinámico según la doctrina especializada con criterio cronológico.

En *Europa*, el pilar comunitario de la Unión Europea²⁵ desde la constitución de la primera de sus comunidades (*COMUNIDAD ECONÓMICA DEL CARBÓN Y DEL ACERO / CECA*) ha creado el *Tribunal de Justicia* para la solución de las controversias comunitarias (Art. 31 del Tratado de la CECA). Lo mismo ha sucedido en la *COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA / CEE* (Art. 164 del Tratado de la CEE) y en la *COMUNIDAD EUROPEA DE ENERGÍA ATÓMICA / CEEA* (Art. 136 del Tratado de la CEEA). Los tres tribunales se fusionaron en uno tras la Convención sobre instituciones comunes de 25 de marzo de 1957. El *Tribunal de Justicia* fue establecido como órgano comunitario responsable de asegurar el *respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados*. Es el *intérprete supremo del Derecho comunitario* (si bien, no exclusivo, en tanto comparte la labor con los órganos jurisdiccionales nacionales). Es *garante de la legalidad, de la constitucionalidad comunitaria*, tiene funciones revisoras y emplea técnicas características de juez constitucional²⁶ como de juez contencioso administrativo. Ha sido un *decisivo impulsor del fortalecimiento y desarrollo del derecho comunitario*²⁷.

²⁵ Basado en los tratados de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero /TCECA (1951-expirado en 2002), de la Comunidad Económica Europea (1957-hoy designado Tratado de la Comunidad Europea /TCE) y de la Comunidad Europea de Energía Atómica /TCEEA (1957), en la actualidad, cuenta con 27 Estados Miembros (EM): Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia. Se basa en un orden jurídico propio, distinto del internacional ya que, a pesar de tener su origen en tratados entre Estados el sistema ha sido ampliamente desarrollado por instituciones comunitarias con competencias normativas generadoras de derecho derivado, integrado en el derecho de los Estados Miembros (ordenamiento *sui generis*).

²⁶ Sólo ejemplificativamente recordamos el rol del Tribunal en la construcción del principio de *eficacia directa de las normas comunitarias* y la posibilidad de los ciudadanos de invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales el Derecho comunitario, establecido por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto *Van Gend & Loos (1963)*. Los Gobiernos intervinientes en el proceso (holandés, belga y alemán) sostuvieron que el silencio del T CEE en la materia revelaba la voluntad de los Estados en no conferir esa eficacia directa. El Tribunal, centrado en la constitución de un *nuevo ordenamiento jurídico asentado en la cesión de soberanía por los Estados en favor de la Comunidad*, entendió que el Art. 12 del T CEE producía efecto directo y creaba derechos individuales que los tribunales nacionales debían proteger.

²⁷ Entendemos que las Comunidades europeas han podido tener desde su nacimiento instituciones fuertes, de “high integration”, debido a la facilidad con que se pudo obviar la segura resistencia alemana a un proceso integrador con Francia y otros antiguos enemigos políticos, gracias a que al momento de la suscripción y entrada en vigor del Tratado de la CECA, Alemania aún era territorio ocupado por los Aliados (el Estatuto de Ocupación en la República Federal de Alemania fue abolido recién en 1955). Entre las competencias del TJCE se hallan: -*COMPETENCIA CONTENCIOSA*: a) *recurso de anulación* mediante el cual se realiza el control de legalidad de los actos comunitarios de derecho derivado a la luz del derecho constitucional comunitario. El recurso está abierto a los Estados Miembros (EM), a los órganos comunitarios, a los particulares. Demandantes preferenciales son los órganos comunitarios junto a los EM ya que el particular sólo puede accionar si demuestra que ha sido afectado directa e individualmente; b) *recurso de omisión o en carencia* (idénticos reclamantes que en el punto anterior) en caso de que alguna institución comunitaria no hubiese adoptado actos que debió haber adoptado; c) *excepción de ilegalidad* (Art. 230); d) *recurso por*

Si bien el sistema europeo prevé el *arbitraje*, no lo hace en el contexto del proceso de integración como tal. El arbitraje / cláusula compromisoria está contemplado en los Arts. 238 y 239 del TCE para los casos –tanto de derecho público como derecho privado- en los que la Comunidad es parte en acuerdos celebrados por ella o por cuenta de ella y en aquellas controversias entre Estados miembros relacionadas con el objeto del TCE (acuerdos celebrados en virtud del Art. 239). En esos casos *el TJCE actúa como árbitro*. También puede hacerlo en base a cláusula compromisoria contenida en los Acuerdos de Asociación (vg. CEE-Grecia y CEE-Turquía). En ausencia de normativa comunitaria, los Estados Miembros pueden acudir a los medios de solución que prefieran (entre ellos el arbitraje). En algunos casos, la propia normativa comunitaria contempla esa posibilidad²⁸.

responsabilidad extracontractual (288. 2 TCE) permite a los particulares reclamar indemnización a la comunidad cuando los órganos o sus agentes les hayan producido daño; e-i) *recurso de incumplimiento de los EM*. La Comisión, actuando en función similar a la del Ministerio Fiscal, recibe denuncias de EM o particulares por incumplimiento del derecho comunitario por algún EM. Consta de una fase pre-contenciosa de carácter político administrativo en la que entabla contacto con el Estado presunto infractor, el que puede explicar su posición o desistir de ella. La Comisión emite un dictamen motivado. Si la Comisión cree que el EM no ha dado satisfacción a lo reclamado, abre una fase contenciosa ante Tribunal; e-ii) *recurso de incumplimiento de un Estado contra otro*, si bien, el precontencioso es llevado adelante también por la Comisión. Se han dado pocos casos ya que los Estados prefieren evitar confrontar de modo directo con sus socios. En ambos casos de este inc. e), la sentencia es meramente declarativa. Sin embargo, el Tratado de Maastricht permite al TJCE a instancia de la Comisión, imponer al incumplidor de la sentencia el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva (lo que ya existía en el 88 del T CECA); - *COMPETENCIA CONSULTIVA*: El Consejo, la Comisión o un EM pueden solicitar al Tribunal un dictamen sobre la compatibilidad con las disposiciones del TCE de cualquier acuerdo que se celebre entre la CE y terceros Estados; -*INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL*: de competencia exclusiva del TJCE. El procedimiento ya fue contemplado en la CECA, basado en la cooperación entre jueces nacionales y comunitarios. El TJCE se convierte en el intérprete final del Derecho Comunitario, siendo su principal rol, la interpretación uniforme y consecuentemente su aplicación idéntica por los tribunales en el ámbito interno de los Estados. Puede solicitarla el juez nacional. Los jueces de última instancia en un litigio interno no sólo tienen la facultad de solicitar la interpretación prejudicial sino el deber (salvo reiterada jurisprudencia). En el derecho interno el juez debe fallar conforme lo dispuesto por el TJCE. Este procedimiento ha permitido una jurisprudencia innovadora, que en su momento, declaró el efecto directo de las normas comunitarias que contienen obligaciones claras e incondicionales (no dependiendo de condición o actuación de un órgano comunitario). Ese efecto se extendió incluso a la Directivas (las que por su esencia no tienen efecto directo). De este procedimiento surgieron las más destacadas sentencias impulsoras del proceso integracionista europeo: *Van Gend & Loos* (5 de febrero de 1963); *Costa vs. ENEL* (15 de julio de 1964); *Simmenthal* (9 de marzo de 1978); *Cassis de Dijon* (20 de febrero de 1979); *Factortame I* (19 de junio de 1990), etc. En 1989 se sumó a la estructura del Tribunal de Justicia el Tribunal de Primera Instancia creado inicialmente para descargar el trabajo del Tribunal de Justicia en materia de contencioso de función pública europea, ampliando progresivamente su jurisdicción, atendiendo los recursos de particulares frente a la actividad de las Instituciones europeas (sometida esta jurisdicción a la casación del Tribunal de Justicia). El Tratado de Niza (2001) ha previsto la creación de Salas Jurisdiccionales para materias específicas (vg. Función Pública-2004). (V. ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007; DE LA FUENTE, F. *Glosario Jurídico-Político de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002; MANGAS MARTÍN, A.- D. J. LIÑAN NOGUERAS *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2005.

²⁸ Tal el caso de la Directiva 93/7 (CEE) del Consejo de 15 de marzo de 1993 sobre restituciones de bienes culturales.

Están excluidas del arbitraje las materias que los Tratados atribuyen al TJCE o al Tribunal de Primera Instancia²⁹.

En el *América Latina*, desde las primeras etapas independentistas en la región se observa una sucesión de intentos integradores. Así, en *Centroamérica*, la Federación Centroamericana (Provincias Unidas de Centro América) 1824-1838, la Confederación Centroamericana (1842), los EE.UU. de Centro América (1895), la República Centroamericana (1921). Es de tener presente que en esa región, entre 1908 y 1918 funcionó la Corte de Justicia Centroamericana, primer tribunal permanente de Derecho Internacional en la historia del mundo³⁰.

La Organización de Estados Centroamericanos/ODECA (1951) se transformó en ODECA II (1962), la que evolucionó hasta conformar el Sistema de Integración Centroamericana (SICA-1991), en pleno funcionamiento a la fecha³¹.

El SICA³², de conformidad al Tratado de Tegucigalpa de 1991, tiene entre sus propósitos “la integración de Centroamérica”, “alcanzar la unión económica”, “fortalecer la región como bloque económico para insertarlo exitosamente en la economía internacional”,

²⁹ Esos son los casos ya señalados precedentemente: incumplimiento estatal (Art. 226 y 227 TCE); interpretación y aplicación del derecho comunitario (Art. 234 TCE); omisión comunitaria (Art. 232 TCE), control de legalidad (230 TCE). Quedan también excluidos de ser sometidos a arbitraje los casos en lo que deba aplicarse el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Ello, al igual que las normas comunitarias de orden público. (V. MANGAS MARTÍN, A. - D. J. LIÑAN NOGUERAS *Instituciones y Derecho (...), Op. Cit.*; DE LA FUENTE, F. *Glosario Jurídico-Político (...), Op. Cit.*)

³⁰ También primer tribunal internacional de derechos humanos. V. MARTÍNEZ MORENO, A. “La Conferencia de Washington de 1907 y la Corte de Justicia Centroamericana”, *Revista de la Universidad*, El Salvador, N° 5, 1965.

³¹ En el área específica de la integración, el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica (Tegucigalpa 1958), de carácter provisional, previó que las controversias surgidas entre los EP se resolverían con la intervención de la Comisión Centroamericana de Comercio establecida en el referido Tratado y a falta de entendimiento se recurriría al *arbitraje*. El Tratado General de Integración Económica (1960) previó la intervención institucional del Consejo Ejecutivo, del Consejo Económico Centroamericano y de la Secretaría en controversias entre EP. REY CARO, E. “Los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias en el MERCOSUR. Antecedentes, realidad y perspectivas”, en PUEYO LOSA, J. - REY CARO, E. J. *MERCOSUR: Nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Ciudad Argentina-USAL, Buenos Aires, 2000, pp. 99-100.

³² Con sede en El Salvador, está conformado por Belice (único país de lengua no latina en tanto ha sido la antigua Honduras Británica), Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá. República Dominicana (asociado), China, España y México (observadores).

“reafirmar y consolidar la autodeterminación de Centroamérica”³³. El Art. 12 del Protocolo de Tegucigalpa establece que la Corte *Centroamericana de Justicia* (CCJ)³⁴ “garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios y actos derivados del mismo”. El Art. 35 del mismo Protocolo dispone que *toda controversia sobre la aplicación e interpretación de las disposiciones del Protocolo e instrumentos conexos deberá someterse a la CCJ*.

Conforme al Estatuto de la CCJ (1992), la *Corte* es un Tribunal regional con sede en Managua, de *jurisdicción privativa para los Estados centroamericanos, con competencia de atribución exclusiva en materia de integración, con exclusión de cualquier otro tribunal*, que conoce de los conflictos entre Estados, de los litigios entre personas naturales o jurídicas residentes en el área y los gobiernos u organismos del sistema de integración centroamericana, con capacidad de dictar sentencias vinculantes y obligación de pronunciarse. Se considera *órgano “supranacional”, cuyas facultades jurisdiccionales son excluyentes*. La soberanía estatal queda limitada por el sometimiento a la jurisdicción de la Corte, lo que implica la obligación de acatar sus decisiones. *La doctrina de la Corte tiene efectos vinculantes para todos los Estados Partes, los órganos y organizaciones que forman parte o participan en el SICA y para sujetos de derecho privado* (Art. 3). El Estatuto hace presente en el Art. 6 que *la Corte “representa la conciencia nacional de Centroamérica” que es “custodia de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana”*³⁵.

³³ Por su parte, el Estatuto de la CCJ expresa que “(h)a sido un anhelo permanente de los Estados del Istmo Centroamericano que se les reconozca como *una sola nación* (...)”.

³⁴ La Carta de la ODECA había creado a la CCJ como institución no permanente, integrada por los presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes.

³⁵ La Corte tiene competencia (Art. 22 a 31 del Estatuto): *CONTENCIOSA*: interna e internacional (controversias entre Estados Miembros con avenimiento previo en las respectivas Cancillerías y controversias entre Estados centroamericanos y terceros Estados); *Arbitral* (a solicitud de los Estados, admitiéndose el pronunciamiento *ex aequo et bono* a solicitud de las Partes); *Constitucional* (conflictos entre poderes del Estado o incumplimiento de fallos); *COMUNITARIA*: legalidad (disposiciones de los Estados Miembros, disposiciones de órganos), nulidad, incumplimiento; conflicto entre poderes del Estado; incumplimiento de fallos; *Apelación administrativa*; *CONSULTIVA*: *Comunitaria* (consulta prejudicial de juez o tribunal; consulta de órganos comunitarios-vinculante); *Comunitaria e Internacional* (consulta ilustrativa a solicitud de Estado o Cortes Supremas de Justicia); *CONSTITUCIONAL* (Estados contra sistema). Asimismo tiene una “competencia” *Legislativa* en tanto realiza estudios comparativos de las legislaciones centroamericanas para lograr su armonización y elaborar proyectos de leyes uniformes para realizar la integración jurídica; *Disciplinaria ad intra*. Por disposición expresa, no tiene competencia en materia de Derechos Humanos.

El Tratado de Managua de 1960 creó el Sistema de Integración Económica de Centroamérica (SIECA) con sede en Guatemala, cuyo principal órgano es Consejo de Ministros de Integración Económica. Tras el Protocolo de Tegucigalpa de 1991 al Tratado de la ODECA II (Art. 28) y el de Guatemala de 1993 al Tratado de Integración Económica de Centroamérica, actúa como órgano técnico regional, constituido como persona jurídica autónoma, que asiste al proceso de integración económica centroamericana del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)³⁶.

La enmienda de 2002 al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA, ha entendido “necesario extender la posibilidad de conocimiento de las controversias surgidas en el ámbito comercial del Mercado Común Centroamericano a los métodos alternos de solución de controversias (...)”³⁷. En consecuencia, la Reunión de Presidentes enmienda el Art. 35 del protocolo de Tegucigalpa y establece que “(l)as diferencias surgidas en el Subsistema de la integración Económica³⁸ como consecuencia de las relaciones comerciales

³⁶ V. www.sica.int; <http://www.sieca.org.gt>

³⁷ Es de tener presente que la CCJ en la Solicitud de Opinión Consultiva, sobre las posibilidades de suscribir un Convenio entre la Corte Centroamericana de Justicia y la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), mediante el cual se establezca un mecanismo de solución de controversias comerciales, que incluya conciliación y arbitraje de carácter extrajudicial, administrado por dicha Secretaría y definido por el Consejo de Ministros de Integración Económica, se pronunció el 12 de noviembre de 2001, resolviendo que: “Conforme al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), la Corte Centroamericana de Justicia, tiene competencia exclusiva dentro del SICA, para conocer de toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el Protocolo de Tegucigalpa y demás instrumentos complementarios o derivados, por lo que dentro del Sistema no puede crearse otro mecanismo de solución de conflictos, paralelo al procedimiento de arbitraje de esta Corte”. Sin embargo, se entendió luego que la disposición sobre la cuestión es competencia de los Presidentes de los Estados Miembros. Además, la Corte agregó: “A criterio de este Tribunal, el arbitraje se genera por la cláusula de compromiso, nacida de la libre voluntad de las partes, por lo que el mismo no puede imponerse, en forma obligatoria, como medio de solución de controversias, una vez agotadas otras formas de solución de conflictos. El arbitraje en ningún caso podría considerarse como una forma obligatoria, sucesiva o gradual, con respecto a otros medios previos de solución de conflictos”. “La resolución del Consejo Intersectorial de Ministros, enfatiza que el mecanismo debe ser extrajudicial, lo cual desnaturaliza la esencia del arbitraje institucional como forma de solución de conflictos, que está a cargo de jueces-árbitros. La naturaleza del arbitraje, es materialmente jurisdiccional, aún cuando formalmente se pueda realizar fuera del ámbito judicial”. “Como conclusión de lo expuesto, este Tribunal declara que no procede la celebración de un Convenio entre esta Corte Centroamericana de Justicia y la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), que pueda establecer un mecanismo paralelo al de este Tribunal, para la solución de controversias comerciales que incluya un arbitraje extrajudicial, administrado por dicha Secretaría de Integración Económica de Centroamérica (SIECA) y definido por el Consejo de Ministros de Integración Económica”.

³⁸ El [Protocolo de 1993 al Tratado General de Integración Económica Centroamericana](#) de 1960, busca alcanzar de manera gradual, complementaria y progresiva la Unión Económica Centroamericana. Para ello constituye el Subsistema de Integración Económica del SICA, cuyo órgano técnico y administrativo es la [Secretaría de Integración Económica Centroamericana \(SIECA\)](#), que tiene su sede en [Guatemala](#).

interregionales se someterán al mecanismo de solución de controversias que establezca el Consejo de Ministros de Integración Económica que contendrá un *método de solución alternativo de controversias comerciales incluido el arbitraje*³⁹, cuyas decisiones serán vinculantes para los Estados Miembros que intervengan en la respectiva diferencia. El *incumplimiento de un laudo arbitral dará lugar a la suspensión de beneficios de efecto*

³⁹ De conformidad a la Res. 111-2003 (COMIECO – XXVII), el Consejo de Ministros de Integración Económica *i.a.* aprobó la utilización de las listas de árbitros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) hasta tanto se conformara la Lista Común de Árbitros del Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales de Centroamérica. En el mecanismo –que permite elección de foro- se establecen tres etapas: -la primera, una etapa técnica de consultas (30 días); -la segunda, una etapa más política ante el Consejo de Ministros (COMIECO) (si una Parte no contesta a una solicitud de consultas dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la misma, la Parte podrá ir directamente a la etapa de Arbitraje sin necesidad de pasar por la etapa ante el Consejo); -la tercera, una etapa de arbitraje que se desarrolla ante un Tribunal Arbitral imparcial integrado según las disposiciones del propio mecanismo, el cual emite una resolución final obligatoria para los Estados Partes y cuyo incumplimiento puede conllevar a la suspensión de beneficios a la Parte demandada (arbitraje 3 meses). Si la controversia tampoco puede ser solucionada en la etapa ante el Consejo, o si no se contestó la solicitud de consultas dentro del plazo estipulado y la Parte reclamante decide ir directamente a la etapa de arbitraje, se podrá acudir a esta etapa de conformidad con lo establecido en el mecanismo. Esta etapa se desarrolla ante un tribunal arbitral imparcial que las Partes nombrarán de una lista de árbitros centroamericanos y no centroamericanos que las Partes conformaron a la hora de la entrada en vigor del mecanismo. El mecanismo establece un sistema para elegir los miembros del tribunal arbitral. En esta etapa se permite la participación de terceras Partes y se establece que las comunicaciones de estas Partes deberán reflejarse en la resolución final del tribunal arbitral. Si un Estado Parte no interviene ni como Parte contendiente ni como tercera Parte en un procedimiento de solución de controversias, deberá abstenerse de iniciar otro procedimiento de solución de controversias respecto al mismo asunto en ausencia de un cambio significativo de las circunstancias económicas o comerciales. Además el tribunal arbitral podrá buscar, a instancia de parte o de oficio, información y asesoría técnica de las personas o instituciones que estime pertinentes. Los árbitros podrán razonar su voto por escrito respecto a cuestiones en las que no exista decisión unánime, y la resolución no revelará la identidad de los árbitros que hayan votado con la mayoría o con la minoría. La resolución deberá ser publicada sin demora por los Estados Partes contendientes. La resolución será obligatoria para los Estados Partes contendientes en los términos y dentro de los plazos que ella establezca. (Cf. AGÜERO GUIER, E. *El Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica*, 2004) (<http://www.comex.go.cr/difusion/ciclo/2004/eaguero.pdf>).

*equivalente a los dejados de percibir, según se decida en el respectivo laudo” (Art. 1 in fine)*⁴⁰⁻⁴¹.

En el *Caribe*, de modo similar a lo experimentado en Centroamérica, si bien a instancias de Gran Bretaña, los territorios de la Comunidad británica del Caribe constituyeron entre 1958 y 1962 la *Federación de las Islas Occidentales*. Disuelta la federación con el retiro de Trinidad y Tobago y Jamaica, se iniciaron negociaciones pro integracionistas que se concretaron en la *ASOCIACIÓN DE LIBRE COMERCIO DEL*

⁴⁰ EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE [REPÚBLICA DOMINICANA](#), [CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA](#) (*RD-CAFTA en su sigla en inglés*), de 2004 (entrado en vigor en 2006 para la mayoría de los países) tiene por Estados Partes a Costa Rica, El Salvador, EE.UU., Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana de 2004. El acuerdo sólo establece una *zona de libre comercio y no cuenta entre sus propósitos un proceso integrador a profundizar*, a pesar de señalar el preámbulo del tratado que tiene *i.a.* por objeto “*contribuir a la integración hemisférica y promover el establecimiento de una Área de Libre Comercio de las Américas*”. No es factible en una presentación breve como la presente contemplar el complejo sistema de solución de controversias del acuerdo. Sólo señalamos algunos aspectos destacables. El sistema es coherente con el Art. XXIV del GATT en tanto se basa en un modelo cooperativo y prevé la *libertad de foro* (el Tratado de Libre Comercio en cuestión, otro Acuerdo de libre comercio del cual las Partes sean parte, o la OMC, según sea el caso). Una vez *elegido el foro, el mismo será excluyente*. Artículo 20.4 contempla la realización de consultas entre las Partes respecto de cualquier medida vigente o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que consideren pudiese afectar el funcionamiento del Tratado. Si estas consultas no logran resolver la controversia dentro de los periodos especificados, una Parte podrá solicitar que la Comisión se reúna para que ayude a conciliar o a resolver la controversia. El Artículo 20.5 estipula que para efectos de los *buenos oficios, la conciliación y la mediación a cargo de la Comisión*, así como para la acumulación de procedimientos, la Comisión se conformará por *representantes designados por las Partes consultantes*. Si las Partes no lograsen resolver una controversia dentro de los periodos especificados, la Parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un *grupo arbitral* para que examine y formule las conclusiones pertinentes sobre el asunto. El grupo arbitral deberá emitir un informe preliminar el cual contendrá las conclusiones de hecho, su determinación sobre conformidad anulación o menoscabo sin violación de norma, y sus recomendaciones a las Partes contendientes para que ellas emitan sus comentarios escritos dentro de los periodos de tiempo especificados. El grupo arbitral deberá presentar un informe final a las Partes contendientes dentro de 30 días a partir de la presentación del informe preliminar. Si las Partes contendientes no acuerdan una compensación dentro de los 30 días, o si la Parte reclamante considera que la Parte demandada no ha cumplido con el acuerdo de compensación o con el plan de acción, el reclamante podrá notificar por escrito su intención de *suspender a la otra Parte beneficios de efecto equivalente*.

⁴¹ EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE / TLCAN (*NAFTA en su sigla en inglés*) suscrito en 1992 entre EE.UU., Canadá y México con el objeto de alcanzar un *zona de libre comercio* prevé dos sistemas para la solución de controversias: 1)-sistema general (capítulo XX del Tratado), aplicable a todas las controversias entre las partes relativas a la aplicación o interpretación del Tratado, en casos de alegación de incompatibilidad con las obligaciones del Tratado, menoscabo de los beneficios esperados en materia de “Comercio de Bienes” o controversias sobre “Barreras Técnicas al Comercio” o sobre “Propiedad Intelectual”, y 2)-sistema de revisión y solución de controversias en materia antidumping y cuotas compensatorias (capítulo XIX del Tratado). El sistema admite opción de foro. El TLCAN, sin entrar en detalles, prevé tres etapas esenciales: consultas, *intervención de la Comisión de Libre Comercio e intervención de Paneles Arbitrales*.

CARIBE (CARIFTA) (Acuerdo de St. John de 1968)⁴², entidad que fue reemplazada por la *COMUNIDAD DEL CARIBE (CARICOM)* (Acuerdo de Chaguaramas de 1973). El tratado fundacional, en su Art. 4, señala como fin esencial “la integración económica” mediante la creación de un “Mercado Común”. En 2001 (Acuerdo de Barbados), 12 Estados Miembros crearon la *Corte de Justicia del Caribe* con sede en Port of Spain (Trinidad y Tobago). La referida Corte entiende en procedimientos contenciosos entre Estados Partes, entre ellos y la Comunidad y entre Estados Partes y particulares bajo determinadas circunstancias. Tiene la misión de garantizar la seguridad jurídica en lo que hace a la aplicación e interpretación del Tratado constitutivo. Es, también órgano de última instancia con relación a los pronunciamientos de los tribunales de apelación de los Estados Partes.

En *Sudamérica*, ya en los orígenes de la emancipación, el Pacto de Unión, Liga y Confederación Perpetuas, propuesto por Bolívar en 1824, buscó –infructuosamente- la unión subcontinental. Más tarde, tras diversos intentos integradores, surgió la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC-1960), que habría de transformarse en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI-1980). En el ámbito de ALALC-ALADI se crearon el Pacto Andino, devenido en Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), a más de otras entidades.

La *Asociación Latinoamericana de Integración / ALADI*, tiene por objetivo alcanzar a largo plazo una zona de libre comercio entre los 12 países miembros (11 originarios: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Méjico, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, a los que se asoció en 1999 Cuba). Su tratado constitutivo (Montevideo, 1980) es un tratado marco, que no estableció un programa específico de integración, fuera del débil sistema de Preferencia Arancelaria Regional y de los acuerdos de alcance parcial y regional (vg. Acuerdos de Complementación Económica (ACE), como los que dieron lugar *i.a.* a la Comunidad Andina de Naciones y al Mercado Común del Sur con el compromiso de multilateralizar esos acuerdos). La ALADI no ha establecido un sistema de solución de controversias para resolver diferendos entre las Partes por la aplicación del tratado o de las

⁴² CARIFTA fue conformada por Antigua, Barbados, Guyana y Trinidad y Tobago, adhiriéndose posteriormente Jamaica, Granada, Dominica, Santa Lucía, San Vicente, San Cristóbal-Nieves-Anguila, Monserrat y Belice.

normas que pudieran ser adoptadas en su ámbito. Sólo ha establecido en el Art. 35.m) la competencia del Comité de Representantes (órgano político permanente de la ALADI) para “proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros cuando fuera alegada la inobservancia de algunas de las normas o principios del presente Tratado”. El Comité ha reglamentado esa competencia a través de la resolución CR/114. Conforme a ella las controversias surgidas de una norma adoptada en el marco de ALADI deben ser llevadas a consultas previas entre ellos. De no arribarse a solución, los Estados Partes deben llevar la cuestión al Comité de Representantes para que proponga fórmulas de arreglo pacífico. Por su parte el Art. 38.i) dispone que la Secretaría General está facultada para “analizar por iniciativa propia, para todos los países o a pedido del Comité, el cumplimiento de los compromisos convenidos y evaluar las disposiciones legales de los países miembros que alteren directa o indirectamente las concesiones pactadas”. El Protocolo Interpretativo del Art. 44 (Cláusula de la Nación más favorecida) de 1994, ha establecido un procedimiento de solución de controversias específico, pero el mismo no entró en vigor⁴³.

La *COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)* tiene su origen en el Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino de 1969 (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, a los que se incorporó en 1973 Venezuela, habiéndose retirado en 1976 Chile y en 2006 Venezuela⁴⁴). En 1997, mediante el Protocolo de Trujillo, se introdujeron reformas y se creó la Comunidad Andina en reemplazo del Pacto Andino.

El sistema de solución de controversias de la *CAN* se halla influenciado por el modelo europeo. El Tratado de Cartagena de Indias de 1979 creó el *Tribunal de Justicia* (en vigor en 1983)⁴⁵, constituyendo la *primera experiencia latinoamericana en dotar al derecho integración de una instancia jurisdiccional e interpretativa*. Estaba investido de la facultad de controlar la legalidad de las normas comunitarias (acción de nulidad) e interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, para asegurar la aplicación uniforme de éstas en el territorio de los Países Miembros y dirimir las controversias. El Tratado fue modificado por el Protocolo de Cochabamba de

⁴³ V. HUMMER, W.- PRAGER, D. *La cláusula de la nación más favorecida en ALADI y en los recientes procesos de integración con países fuera de América Latina*, (www.iadb.org/intal/aplicaciones).

⁴⁴ Desde 2006 Chile es Estado Asociado, juntamente con Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Méjico y Panamá son observadores.

⁴⁵ PAOLILLO, F. “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, en *Estudios Internacionales, Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1981, Vol. 2.

1996 (en vigor en 1999). Mediante este Protocolo el Tribunal adquirió nuevas competencias, entre ellas, la actuación en recursos por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral. Su nuevo Estatuto, que actualiza y precisa los procedimientos que se desarrollan ante el Tribunal, fue aprobado el 22 de junio del 2001 por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores⁴⁶. El *Tribunal* es *órgano principal de Acuerdo*, de “*carácter supranacional y comunitario instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros*”. Sin embargo, no tiene una competencia tan amplia como la del TJCE para la interpretación y desarrollo de principios generales del derecho comunitario⁴⁷. El tribunal está formado por cuatro *Magistrados* (uno por país miembro), *independientes en el ejercicio de sus funciones, con competencia exclusiva para conocer de las controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico, prohibiendo expresamente a los Países Miembros someter tales controversias a tribunales, sistemas de arbitraje o procedimientos distintos a los regulados por el Tratado*.

El *MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)*⁴⁸ es una organización de *carácter intergubernamental, con vocación de integración* pero aún de naturaleza cooperativa ya que no ha delegado en instituciones centrales ninguna de sus competencias soberanas, debiendo lograrse el acuerdo de todos los representantes de los Estados Partes para adoptar una disposición normativa en los órganos del sistema, dispositivos que en su mayor parte deben ser internalizados en el derecho interno de los Estados Partes⁴⁹.

⁴⁶ El Tribunal tiene competencia judicial comunitaria: *INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL* (normas andinas); *ACCIÓN DE NULIDAD* de decisiones, resoluciones, convenios entre Estados, inclusive, desviación de poder; *ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO* (procedimiento prejudicial ante SG- Reglamentado en 2005); demanda de revisión de sentencia de incumplimiento por hecho nuevo; *RECURSO POR OMISIÓN O INACTIVIDAD* (Estado Miembro o particular afectado c/ Consejo, Comisión o SG); *JURISDICCIÓN LABORAL*; *ARBITRAL* (controversia por aplicación o interpretación de contratos, convenios, acuerdos).

⁴⁷ V. *Los Procesos de Integración en la Encrucijada; Perspectivas de Futuro*, Seminario organizado por CEPAL, BID y OBREAL, 21 y 22 de noviembre de 2006.

⁴⁸ El MERCOSUR tiene su origen en el Tratado de Asunción de 1991. Estados Miembros: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay (Asociados, Chile, Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú, Venezuela), (Observador Méjico). (Venezuela firmó el acuerdo de incorporación como Miembro en 2006, faltando a agosto de 2008 la ratificación de Brasil).

⁴⁹ Sólo el 50 % de las disposiciones normativas adoptadas en el seno de los órganos del MERCOSUR ha sido incorporado al derecho de los Estados Partes. V. *infra* obligación de los EP de incorporar la normativa a su derecho interno (Laudos IV y VII del TAH).

El MERCOSUR, hoy, tras más de dieciséis años de funcionamiento del sistema, continúa lejos de su objetivo inicial: alcanzar el mercado común entre los países del Cono Sur Latinoamericano partes en el TA ⁵⁰, constituyendo a la fecha una unión aduanera incompleta⁵¹, en etapa provisional de su proceso de integración.

Ante requerimientos de profundización institucional del proceso de integración prevenientes tanto desde ámbitos internos como externos, han aparecido manifestaciones de un mayor grado de compromiso integrador pero aún débiles como para modificar la naturaleza del sistema. Entre esas manifestaciones se cuentan los cambios efectuados en materia de solución de controversias, en particular, la creación de un *Tribunal Permanente de Revisión* ^{52- 53}.

La *UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANA (UNASUR)*⁵⁴ ha sido creada por el Tratado de Brasilia de 23 de mayo de 2008⁵⁵. El objetivo se centra en el diálogo político (*i.a.* reducción de la pobreza, inclusión social), la construcción de una identidad y ciudadanía sudamericana, en la adopción de una moneda común, una integración

⁵⁰ El TA tiene por objeto crear un *mercado común* entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, “considerando que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social” (párrafo primero de la parte preambular del TA).

⁵¹ Ha alcanzado la unión aduanera en un 85%. Aún debate los niveles definitivos del arancel externo común. En la Cumbre de Montevideo de 2003, el *Consejo Mercado Común* decidió extender las excepciones sectoriales y universales hasta el 31 de diciembre de 2010. Sin embargo, el 15 % de las posiciones aduaneras que no está en el programa, si bien, ese porcentaje incluye sectores altamente sensibles para los Estados Partes del MERCOSUR (vg. industria automotriz, azúcar). V. PREUSSE, H. G. “Unión Europea y Regionalismo Mundial”, en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Coord.), HUMMER, W. (Ed.) *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Segundas Jornadas Científicas de EULATIN II, Programa ALFA II de la Comisión de las Comunidades Europeas, Edit. Lerner, Córdoba, 2008, p. 85.

⁵² Entre las manifestaciones de profundización del proceso de integración se cuentan: la constitución en 2003 de la Comisión de Representantes Permanentes (sin embargo, la Comisión es mero portavoz del Consejo Mercado Común y de la Presidencia Pro Tempore); la transformación en 2003 de la Secretaría Administrativa en Técnica; la creación en 2005 del Parlamento del MERCOSUR (sin facultades decisorias), la conformación en 2006 del Fondo de Convergencia Estructural-FOCEM. A pesar de ello, la intergubernamentalidad sigue siendo el motor del proceso.

⁵³ V. punto siguiente de este trabajo.

⁵⁴ Prefirió esa denominación a la de “Unión de Naciones Latinoamericana” para realzar a las comunidades aborígenes y su participación activa en el sistema. Con anterioridad, similar proyecto se denominó *Área de Libre Comercio de Sudamérica/ALCSA* (1993), *Unión Sudamericana* (2000), *Comunidad Sudamericana de Naciones* (2004).

⁵⁵ Está constituida por 12 Estados negociadores: los 4 Estados Partes en el MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay), los 4 Estados Partes en la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), Chile, Venezuela, Guyana (ex-colonia británica) y Surinam (ex-colonia holandesa). El Tratado de Brasilia no ha entrado en vigor. Se estima que lo estará en unos tres años (2011).

económica con visos de endodesarrollo a alcanzar en 2020 (con influencia -a pesar de responder al modelo impulsado desde Brasil- a la *Alternativa Bolivariana para las Américas /ALBA* de 2004 impulsada por Hugo Chávez). Sus órganos son netamente intergubernamentales y su sistema de solución de controversias acorde a esa debilidad: negociaciones directas - recurso al Consejo de delgados (60 días para efectuar su recomendación) – recurso al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores en su próxima reunión.

En *África*, existen distintos sistema de integración. Varios de ellos implican superposiciones organizativas, especialmente en lo que hace al sistema de solución de controversias.

La *UNIÓN MONETARIA DEL OESTE AFRICANO / UMOA* fue creada en 1962 y renovada el 1994 (Tratado de Dakar) como *UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA DEL OESTE AFRICANO /UEMOA*⁵⁶. Constituye una importante *iniciativa de integración económica regional, inspirada en la Unión Europea*, particularmente, el Tratado de Maastricht de 1992 (espacio económico integrado, moneda única, unión aduanera, mercado común). Entre sus órganos, ha establecido el *Tribunal de justicia* (un magistrado por país miembro). Este tribunal, a diferencia de muchos otros procesos africanos, es operativo y ha dictado una serie de sentencias y dictámenes siguiendo el modelo europeo.

La *UNIÓN ADUANERA Y ECONÓMICA DEL ÁFRICA CENTRAL /UDEAC*, surge en 1964 (Tratado de Brazzaville)⁵⁷ sobre la base de la *Unión Aduanera Ecuatorial / UAE*. En 1972 estos países crearon la *Unión Monetaria de África Central*. En 1983 –con la incorporación de otros Estados⁵⁸- crearon la *COMUNIDAD ECONÓMICA DE LOS ESTADOS CENTROAFICANOS / CEECA*. Esta última entre sus órganos cuenta con un *Tribunal de Justicia* que ejerce el *control de legalidad de los actos de los órganos del sistema*⁵⁹.

La *COMUNIDAD ECONÓMICA DE ESTADOS DE ÁFRICA OCCIDENTAL / CEAO* fue creada por el Tratado de Abidjan de 1973⁶⁰. Históricamente, está vinculada a los

⁵⁶ Integrada por Benin, Burkina Faso, Costa de Marfil, Guinea Bissau, Mali, Niger, Senegal, Togo.

⁵⁷ Integrada por Congo, Gabón, República centroafricana, Camerún, Chad, Guinea Ecuatorial.

⁵⁸ Angola, Burundi, Congo, Ruanda, Santo Tomé y Príncipe, Zaire.

⁵⁹ Como función no usual, también tienen por función preparar las reuniones de la Conferencia y el Consejo.

⁶⁰ Integrada por Benin, Burkina Faso, Costa de Marfil, Mali, Mauritania, Niger y Senegal (Estados francófonos del África Occidental).

dominios coloniales del África Occidental Francesa, a la efímera *Unión Aduanera de África Occidental /UDAO*, a la *Unión Aduanera de Estados del África Occidental /UDEAO*. En la actualidad es una *zona de libre comercio incompleta y una unión aduanera imperfecta*. La CEAO ha previsto como herramienta de solución de controversias un *Tribunal arbitral* constituido por tres miembros titulares y cuatro suplentes. Tiene competencias interestatales en cuestiones relativas a la aplicación e interpretación del Tratado de Abidjan. *El Presidente de la Conferencia de Jefes de Estado está facultado para llevar ante el Tribunal arbitral un litigio cuando los Estados involucrados no lo hayan hecho*. La creación de la *Comunidad Económica de Estados del África occidental / CEDEAO* en 1975 (Tratado de Lagos, revisado en 1993)⁶¹ ha llevado a la desaparición fáctica de la CEAO. La CEDEAO ha tenido escasos logros en integración económica pero importantes éxitos en materia de cooperación política.

La *COMUNIDAD ECONÓMICA DE LOS PAÍSES DE LOS GRANDES LAGOS / CEPGL*, fue creada en 1976⁶² con el objeto de lograr la integración económica. Soluciona los diferendos entre Estados Partes mediante una *Comisión de Arbitraje*.

El *MERCADO COMÚN DE AFRICA DEL ESTE Y MERIDIONAL (COMESA)* según su sigla en inglés) surgió en 1994, sustituyendo al *Área comercial preferencial* creada en 1981 (PTA). El objetivo de COMESA es alcanzar el *Mercado Común y eventualmente una Comunidad Económica*. Cuenta con 19 Estados miembros⁶³ y una población que supera los 389 millones en 12 millones km². El instrumento constitutivo estableció al *Tribunal de Justicia* como órgano de COMESA (siete jueces). Para asegurar la *independencia de la Corte*, el artículo 9 (2) (c) del tratado de COMESA dispone que el Consejo dará directivas a los órganos de COMESA con excepción de la Corte en el ejercicio de su jurisdicción⁶⁴.

La *UNIÓN DEL MAGREB ÁRABE / UMA* (Tratado de Marrakech de 1989)⁶⁵, *entidad intergubernamental*, tiene por *objetivo* alcanzar un “*Mercado Común Árabe*”. Entre sus órganos cuenta con un *Tribunal de Justicia*, inspirado en el Tribunal de las

⁶¹ Integrada por estados francófonos, anglófonos y lusófonos: Benin, Burkina,Faso,Cabo Verde, Costa de Marfil, Gambia, Gana, Guinea, Guinea Bissau, Liberia, Mali, Níger, Nigeria, Senegal, Sierra leona, Togo.

⁶² Integrada por Burundi, Ruanda, Zaire.

⁶³ Burundi, Comoras, Congo, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Kenia, Liberia, Madagascar, Malawi, Mauricio, Ruanda, Seychelles, Sudán, Swazilandia, Uganda, Zambia, Zimbawe.

⁶⁴ A partir de 2003 la sede de la Corte se halla en Khartoum-Sudan.

⁶⁵ Integrada por Argelia, Libia, Mauritania, Marruecos, Túnez, Egipto.

Comunidades Europeas, encargado de entender en los litigios de *interpretación y aplicación de los acuerdos de la Unión* (Estatuto de Ras Lanout de 1991).

Los Jefes de Estado de la Organización de la Unidad Africana decidieron en 1991 la creación de la *COMUNIDAD ECONÓMICA AFRICANA / CEA* (Tratado de Abuja), dirigida a alcanzar en todo el Continente un espacio económico africano, reforzar las comunidades regionales ya existentes, constituir una zona de libre comercio y unión aduanera. Se ha criticado sus *ambiciosos objetivos*, diciendo que pretende compensar la carencia normativa con la inflación institucional. A pesar de sus objetivos es una entidad de cooperación. Ha establecido entre otros órganos un *Tribunal de Justicia con competencias consultivas y contenciosas*⁶⁶.

En *Asia*, la *ASOCIACIÓN DE NACIONES DEL ASIA SUDORIENTAL / ASEAN* fue creada en 1967 (Declaración de Bangkok) con el objeto alcanzar una *zona de libre comercio y una unión aduanera a largo plazo*⁶⁷ y servir de base para la resistencia frente al avance comunista en la región. La Carta de la ASEAN de 2007, en su Cap. VIII (Arts. 22-28) regula la solución de las controversias, dando preferencia a la *conciliación y a la mediación* ante órganos del ASEAN o la propia Cumbre de Presidentes.

La *COOPERACIÓN ECONÓMICA ASIA-PACÍFICO / APEC* es la única agrupación intergubernamental en el mundo que opera sobre la base de compromisos no vinculantes, diálogo abierto y respeto igualitario para los puntos de vista de todos los participantes. A diferencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC) u otros organismos multilaterales, *APEC no tiene obligaciones para sus participantes* en los tratados adoptados. Las decisiones tomadas dentro de la APEC se alcanzan por consenso y los compromisos se llevan a cabo sobre una base voluntaria. APEC cuenta con 21 miembros⁶⁸. Su estructura intergubernamental cuenta como órgano de solución de controversias a la *Comisión ad hoc* designada por el Consejo Supremo de Jefes de Estado, siendo sus pronunciamientos meramente recomendatorios.

⁶⁶ La *ORGANIZACIÓN PARA LA ARMONIZACIÓN JURÍDICA EN ÁFRICA/ OHADA* (Benin, Burkina Faso, Camerún, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Mali, Níger, República Centro-africana, Senegal, Tchad, Togo) fue creada en 1993 con el objeto de *promover el arbitraje* como modo de solución de diferendos contractuales, mejorar el clima de inversiones y sostener la integración económica con miras a contribuir al progreso de la unidad africana.

⁶⁷ En estos momentos, se estima alcanzarla en 2020.

⁶⁸ Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, República Popular de China, Hong Kong, China, Indonesia, Japón, República de Corea, Malasia, México, Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea, Perú, Filipinas; Federación de Rusia, Singapur, China Taipei, Tailandia, Estados Unidos de América, Vietnam.

Frecuentemente se ha señalado que los sistemas judiciales son los que mejor se adecuan para lograr la consolidación e impulso de los procesos de integración ambiciosos con personalidad jurídica internacional en calidad de órganos centrales de un sistema, mientras que los medios arbitrales de solución de controversias responden mejor a la solución de conflictos en el marco de relaciones de cooperación intergubernamental, dependiente de la voluntad de los Estados, siendo estos últimos las más de las veces insuficientes para garantizar el respeto a un derecho con vocación comunitaria o contribuir a la profundización de proceso⁶⁹.

Es de observar que esta breve reseña de procesos de integración pone en evidencia la característica señalada en el párrafo precedente.

III.- LA EXPERIENCIA DEL MERCOSUR

III. 1.- SISTEMA ARBITRAL EN EL MERCOSUR

Aunque el MERCOSUR hasta la fecha no ha podido establecer un modelo de jurisdicción impulsor del proceso de integración del tipo del que poseen la Comunidad Europea, la Comunidad Andina, o la Comunidad Africana de África del Este y Meridional⁷⁰, no es desdeñable lo desarrollado a través del derecho derivado del

⁶⁹ Bien sabido es el rol que ha desempeñado el TJCE en el desarrollo del sistema comunitario europeo. El arbitraje está admitido en el sistema europeo como acto voluntario en diversos casos (derecho público como de derecho privado), vg: casos en los que la Comunidad sea parte; en las controversias entre Estados Miembros en el caso de acuerdos celebrados en virtud del Art. 239 TCE; en cláusulas compromisorias de acuerdos de Asociación; adjudicación de contratos públicos de suministro y de obras; contratos en sectores relativos a aguas, energía, transportes, telecomunicaciones, etc. de conformidad a los Arts. 238 y 239 TCE. Los campos excluidos del arbitraje –tal como ya lo señaláramos- son los que el TCE atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o al Tribunal de Primera Instancia, entre ellos los casos de: incumplimiento estatal (Art. 226-227 TCE); interpretación y aplicación del Derecho comunitario (Art.234 TCE); omisión comunitaria (Art. 237 TCE); control de legalidad (230 TCE), etc. Es decir lo que hace al Derecho comunitario y la garantía de su aplicación. Si bien, es el propio TJCE el que actúa como árbitro (Cf. DE LA FUENTE PASCUAL, F. *Glosario Jurídico-político de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 47-49).

⁷⁰El Tratado de Asunción, en su *Anexo III*, a más de considerar un procedimiento de solución de controversias transitorio, basado en las *negociaciones directas, el recurso al Grupo Mercado Común y al Consejo del Mercado Común*, estableció que “(d)entro de los ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el

MERCOSUR y los pronunciamientos arbitrales de los tribunales *ad hoc* y del Tribunal Permanente de Revisión, aspecto que consideraremos en el próximo punto.

El sistema se rige en la actualidad por Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR (PO), adoptado el 18 de febrero de 2002 y entrado en vigor el 1 de enero de 2004. Ha reemplazado al Protocolo de Brasilia (PB) que había sido adoptado el 17 de diciembre de 1991 y había entrado en vigor el 22 de abril de 1993.

Según el Art. 53 del PO “antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del TA”. Los plazos para la convergencia del arancel externo común han sido prorrogados en sucesivas oportunidades, extendiéndose a la fecha hasta el 31 de diciembre de 2010. Ello, a pesar de expresar el PO la necesidad de “perfeccionamiento del sistema de solución de controversias” (párrafo primero preambular); “la necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática” (párrafo segundo preambular) y “la conveniencia de efectuar modificaciones específicas en el sistema de solución de controversias de manera de consolidar la seguridad jurídica en el ámbito del MERCOSUR” (párrafo tercero preambular), todos ellos objetivos inalcanzables a través de la estructura orgánica adoptada, la que en su cúspide procedimental mantiene -si bien perfeccionado- un sistema arbitral.

Grupo Mercado Común eleva(ría) a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Solución de Controversias que regir(ía) durante el período de transición” (párrafo segundo). Fruto de esa disposición ha sido el *Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias*, al que se incorporaron las modificaciones que introdujo el *Protocolo Adicional al TA sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR de Ouro Preto (POP)*. El POP prorrogó la vigencia del PB hasta el 1 de enero de 2006 en que se preveía alcanzar el arancel externo común. Sin embargo, se adoptó y entró en vigor el PO antes de esa fecha y antes de que se alcanzara el arancel externo común. El *Anexo III* en su párrafo tercero estableció: “Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común”. La fecha era coincidente con la establecida para la creación de las instituciones definitivas llamadas a regir el MERCOSUR (art. 18 del TA) (El Art. 44 del POP establecía que los Estados Partes efectuarían una revisión del sistema de solución de controversias con miras a la adopción del sistema permanente referido en el párrafo 3 del *Anexo III* del TA y en el Art. 34 del *Protocolo de Brasilia*). Sin embargo, hasta la fecha, el MERCOSUR no cuenta con un *sistema permanente de solución de controversias*. El *Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias*, que reemplazó al *Protocolo de Brasilia*, también implantó un régimen transitorio.

El sistema arbitral ha seguido las pautas consolidadas históricamente que refiriéramos en el Punto I de este trabajo. Así, el PO (manteniendo el modelo del PB) es fiel a su raíz diplomática, habiendo establecido una etapa de *negociaciones directas* como *paso ineludible* para acceder a la etapa arbitral, exigiéndose para acceder al tribunal arbitral que la controversia no se haya podido resolver en la etapa de negociación directa (Arts. 4, 5 y 9 PO).

El procedimiento contempla la posibilidad, a opción de las Partes (de común acuerdo), ya no como etapa necesaria -como lo fuera en el PB-, de llevar la cuestión a consideración del Grupo Mercado Común (GMC), como etapa diplomática institucional. Esta etapa institucional, de conformidad a las previsiones del PO adquiere relevancia a la luz de lo dispuesto en los Arts. 6 y 7 PO, que contemplan la posibilidad de que un EP que no es parte en la controversia, justificadamente, lleve a consideración del GMC la cuestión una vez finalizada la etapa de negociaciones directas⁷¹. También, va en apoyo del rol institucional del GMC el que ese órgano deba ser puesto en conocimiento del inicio del procedimiento arbitral *ad hoc* o del inicio del recurso de revisión ante el TPR (Arts. 9 y 17 PO). Además, el GMC tiene un papel especial al evaluar los reclamos de los particulares (Arts. 39-44 PO).

Tal como lo establece el Art. 9 PO, no habiéndose podido solucionar el diferendo por vía de las negociaciones directas o el recurso al GMC, cualquiera de los EP en la controversia puede comunicar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR su decisión de recurrir al arbitraje ya sea a un Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (TAH) o bien, *per saltum*, al Tribunal Permanente de Revisión (TPR). El recurso puede ser de iniciado por un EP de oficio o a instancia de un reclamo presentado por un particular. Debe tenerse presente que, tal como lo señaláramos en la primera parte, el que se trate de un procedimiento accionable automáticamente “de oficio” (“arbitraje obligatorio”), permitiendo al sistema superar

⁷¹ En el caso de que la controversia hubiese sido llevada al GMC por los Estados contendientes, en un plazo no mayor a 30 días, el GMC formulará recomendaciones –en la medida de lo posible– “expresas y detalladas tendientes a la solución del diferendo”; de haber sido llevado por un Estado ajeno al diferendo, el GMC “podrá” formular comentarios o recomendaciones, sin interrumpir el procedimiento arbitral de haberse iniciado éste (Art. 6, 7, 8 PO). El GMC está facultado para recurrir al asesoramiento de expertos (Art. 6 PO).

escollos ante la falta de voluntad de algún EP para cumplir las etapas procedimentales (vg.: designación simultánea de árbitro titular y suplente; designación del Árbitro por la Secretaría del MERCOSUR en caso de vencimiento de plazo para la designación por EP; adopción por parte de los TAH de sus propias reglas de procedimiento, etc.) no significa que el recurso al arbitraje haya perdido su condición de sistema voluntario, concertado, expresamente aceptado por los EP contendientes, en el cual priva la voluntad de las partes (vg.: opción de foro⁷², prórroga de plazos; posibilidad de objetar justificadamente a los árbitros designados por los EP para la constitución de los TAH⁷³, definición por común acuerdo de los EP de los criterios para el funcionamiento del TPR, etc.).

Cada TAH se conforma con tres árbitros (cada Estado designa un árbitro y de común acuerdo al Presidente-tercer árbitro no nacional de los EP del MERCOSUR⁷⁴) a

⁷² La opción de foro que contempla el PO en su Art. 1 (sometimiento al sistema MERCOSUR, al de la OMC o a otro esquema preferencial de comercio en el que sean parte los Estados contendientes o, de común acuerdo, a cualquier foro) fue objeto de largas discusiones doctrinarias. Quienes han criticado la opción lo han hecho pensando en la necesidad de consolidación del proceso MERCOSUR y de fortalecimiento de la *affectio societatis* mercosureña (vg. PEROTTI, A. D. *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, 2007, p. 75 www.acaderc.org.ar). Quienes se han manifestado a favor, entienden que se trata de una cláusula que prevalece en los acuerdos económicos regionales, que permite a las partes elegir el foro que mejor les conviene, a más de asegurar de mejor manera el cumplimiento de lo dictaminado, en tanto es más seguro -tal como está dada la situación- que se cumpla lo dictaminado por un panel de la OMC, que lo laudado por un Tribunal del MERCOSUR (vg: PIMENTEL, L O--DREYZIN DE KLOR, A. “O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul”, DREYZIN DE KLOR, A. *et al.*, en *Solução de controvérsias. OMC, União Européia e Mercosul*, Fundação Konrad Adenauer, Río de Janeiro, Brasil, 2004 pp. 141 y ss. (<http://www.adenauer.org.br/download/solucaocontroversias.pdf>). Ha sido bien receptado por todos la disposición del PO por la que una vez iniciado el procedimiento en un foro, no se pueda recurrir a otro. De ese modo se evita que en el futuro suceda lo que se dio en el caso del Laudo IV del MERCOSUR (Brasil c/ Argentina-exportación de pollos enteros) en el que habiendo el TAH resuelto que Argentina no había incumplido la regla de libre circulación de bienes, Brasil -insatisfecho- recurrió al sistema de la OMC, cuyo Panel informó en sentido contrario, entendiendo que Argentina actuó de manera incompatible con las obligaciones del Art. VI del GATT 94. Es de observar que el sistema comunitario europeo, andino, centroamericano, africano, etc. no admiten la opción de foro.

⁷³ Verdadera doble dimensión del principio arbitral tradicional: jueces elegidos por las partes. Ello, no sólo al designar los 12 árbitros de su lista, sin al dar el visto bueno a los designados por los otros EP.

⁷⁴ Tal como lo señaláramos en la primera parte, este “super-árbitro”, por su condición de tercero neutral ajeno al sistema, es instrumento clave para el rol pacificador del arbitraje. Ese tercero plenamente ajeno al sistema no se ha logrado introducir en el TPR el que está conformado por 1 árbitro por EP (elegido por 2 años renovables por dos períodos consecutivos) y un quinto árbitro nacional de alguno de los EP elegido por unanimidad por los EP de una lista de 8 integrantes (3 años, no renovable *salvo acuerdo en contrario* (sic!)) A falta de consenso por sorteo. No se logró consensuar un quinto árbitro extranjero (en este momento el quinto árbitro es paraguayo). Probablemente, ello haya querido ser un indicio de la condición intermedia entre tribunal arbitral y judicial que ha pretendido darse al TPR (“arbitraje integral”). Sin embargo, atento a la falta de real autonomía que presenta el órgano, ello no contribuye a una mayor neutralidad e imparcialidad del tribunal. (V. FERNÁNDEZ DE BRIX. W. *el Tribunal Permanente de Revisión: La justicia en el MERCOSUR*, Primer Encuentro de Cortes Internacionales y Regionales de Justicia del Mundo. Managua-Nicaragua, 4 de octubre de 2007). El que el TPR actúe con tres árbitros cuando se trate de una controversias

partir de las Listas de Árbitros depositadas por cada Estado Parte en la Secretaría del MERCOSUR⁷⁵. Por su parte, el TPR, ha sido creado por el PO, fue inaugurado el 13 de agosto de 2004, con sede en la ciudad de Asunción. Está formado por cinco Árbitros⁷⁶ y cuenta con una Secretaría Técnica. Los procedimientos regulados por el PO y sus normas reglamentarias se pueden resumir en:

1- *Controversias entre Estados Partes* (TAH – TPR): pueden ser iniciadas por cada Estado Parte, de oficio o a instancia de un reclamo presentado por un particular. Existen dos posibilidades: a) los Estados Partes en la controversia pueden plantear el litigio ante el TAH, o b) los Estados Partes en la controversia, de común acuerdo, pueden incoar dicho procedimiento directamente ante el TPR (*per saltum*).

2.- *Recurso de Revisión* (sólo TPR): en la hipótesis mencionada en el punto 1.a), el laudo emitido por el TAH puede ser recurrido por los Estados Partes en la controversia ante el TPR, que analizará el asunto limitándose a las cuestiones jurídicas involucradas (casación).

3- *Medidas Excepcionales y de Urgencia* (sólo TPR): en supuestos especialmente determinados (bienes perecederos, estacionales, bienes que por su naturaleza o características perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial, etc.), los Estados Partes, en forma previa al inicio de una controversia, pueden solicitar al TPR que dicte una medida provisoria, sobre la base de un presunto incumplimiento del Derecho del MERCOSUR, con la finalidad de evitar daños irreparables para uno de los Estados Partes.

4.- *Opiniones Consultivas* (sólo TPR): las solicitudes de opiniones consultivas pueden ser dirigidas al TPR: a) por los Estados Partes, actuando conjuntamente, o por los órganos decisorios del MERCOSUR (Consejo del Mercado Común, Grupo

entre dos Estados y en pleno cuando sean más de dos Estados los contendientes da la impresión que se ha dispuesto para asegurar mayor celeridad procesal y menores costos, pero atenta contra la uniformidad de los pronunciamientos y la certeza jurídica en la construcción de la doctrina.

⁷⁵ En la lista de Árbitros se encuentran dos Miembros del IHLADI: Adriana Dreyzin de Klor y Raúl Emilio Vinuesa (Argentina) y ha estado otro Miembro: Ernesto J. Rey Caro.

⁷⁶ Los árbitros fueron designados por el CMC por Decisión N° 26/04 y prorrogado su mandato por Decisión del CMC N° 18/06. En octubre de 2007 renunció el árbitro W. Fernández de Brix. En la actualidad del TPR está conformado por Nicolás Eduardo Becerra (Argentina), Carlos Alberto González Garabelli (Paraguay) (en reemplazo de Fernández de Brix), João Grandino Rodas (Brasil), Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay), José A. Moreno Ruffinelli (Paraguay) (quinto árbitro).

Mercado Común, Comisión de Comercio del MERCOSUR y Parlamento⁷⁷), cuando se refieran a cualquier cuestión jurídica comprendida dentro del Derecho del MERCOSUR; b) por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes, con jurisdicción nacional, cuando se trate de la interpretación jurídica del Derecho del MERCOSUR.

5.- *Reclamos de particulares* (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación por los EP de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación a la normativa MERCOSUR. Los afectados reclaman ante la Sección Nacional del GMC (SN GMC) del país de residencia o negocios, aportando los elementos que indiquen la verosimilitud de la violación. Si el reclamo es admitido por la Sección Nacional pero no resuelto tras consultas con la SN GMC del Estado presunto violador, pasa a entender en el reclamo el GMC (con el auxilio de grupo de expertos de nacionalidad distinta a la de los Estados involucrados). El Estado del reclamante puede hacer suyo el reclamo y acudir a las vías de solución que le brinda el PO⁷⁸.

Los laudos que emiten los TAH y el TPR son obligatorios para los Estados Partes en la controversia y tienen fuerza de cosa juzgada un vez que quedan firmes, debiendo ser cumplidos en el plazo que el tribunal indique⁷⁹. Admiten recurso de aclaratoria. Los laudos

⁷⁷ Este último de conformidad a lo dispuesto por el Art. 13 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (2005).

⁷⁸ V. www.mercosur.org.uy V. asimismo, DREYZIN DE KLOR, A. *El Protocolo de Olivos*, Presentado en el “Forum Brasil- Europa” organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 de noviembre de 2002 (<http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/05-22-foro-protocololivos.htm>); DREYZIN DE KLOR, A. “Los Laudos arbitrales del MERCOSUR: Una visión prospectiva”, *DeCITA*, 1-2004, Buenos Aires; REY CARO, E.J. *El Protocolo de Olivos para la Solución de controversias en el MERCOSUR*, Lerner, Córdoba, 2002; REY CARO, E. J. “Apostillas sobre el derecho del MERCOSUR y la jurisprudencia arbitral”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, N° 15, Madrid, 2001; ALONSO GARCIA, R. “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, La Ley, Año 8, N° 5, 2004.

⁷⁹ En caso de no cumplimiento, la parte damnificada tiene la facultad de aplicar *medidas compensatorias* temporarias (suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes-Art. 31 y 32 PO). El TPR ha tenido oportunidad de pronunciarse en la materia en el Laudo 1/2007. Tomando en consideración la “diferencia de tamaño entre los EP”, expresó que “en todos los casos, la medida compensatoria debe garantizar que los beneficios o ventajas obtenidos de la falta de cumplimiento de una decisión jurisdiccional sean sustancialmente menores que aquellos que se obtendrían en el caso de acatarla” (Numeral 10.8 OC). La OC hizo referencia tanto al “daño económico” como al “daño institucional” (afectación sobre el proceso de integración, su credibilidad, su consolidación institucional) (Numerales 10.9, párrafo 1 no numerado de la Conclusión). V. JOVTIS, I. “La proporcionalidad de las medidas compensatorias en el MERCOSUR: Algunas reflexiones en torno al laudo 1/2007 del Tribunal Permanente de Revisión”, en DRNAS DEL

de los TAH y del TPR no admiten votos en disidencia. Las opiniones consultivas no son obligatorias ni vinculantes⁸⁰. Esta última característica aleja a las opiniones consultivas mercosureñas de la interpretación prejudicial existente en los sistemas del TJCE y TJCA⁸¹.

Junto al PO, son de aplicación *i.a.* las siguientes normas: *Decisión CMC N° 37/03, que aprueba el *Reglamento del PO*; * Decisión CMC N° 17/04, que aprueba el *Fondo Especial para Controversias*; *Decisión CMC N° 23/04, que aprueba el *Procedimiento sobre Medidas Excepcionales y de Urgencia* ante el Tribunal Permanente de Revisión; *Decisión CMC N° 26/04, que designa los *Árbitros del Tribunal Permanente de Revisión*; *Decisión CMC N° 30/04, que aprueba las *Reglas Modelo de Procedimiento de los Tribunales ad hoc del MERCOSUR*; *Res. GMC N° 41/04 que reglamenta el Fondo; * Decisión CMC N° 26/05, que aprueba el *Procedimiento especial del PO para la solución de controversias originadas en Acuerdos emanados de Reuniones de Ministros del MERCOSUR*; * Decisión CMC N° 30/05, que aprueba las *Reglas de Procedimiento del TPR*; * Decisión CMC N° 02/07, que aprueba el *Reglamento de Opiniones Consultivas*;

CLEMENT, Z. (Coord), HUMMER, W. (Ed) *MERCOSUR y Unión Europea*, Lerner Ed., Córdoba, 2008. PASTORI FILLLOL, A. “Comentarios al primer laudo del TPR del MERCOSUR sobre la aplicación en exceso de medidas compensatorias”, en DRNAS DEL CLEMENT, Z. (Coord), HUMMER, W. (Ed) *MERCOSUR y Unión Europea*, Lerner Ed. , Córdoba, 2008

⁸⁰ Sorprendentemente, admiten votos separados y en disidencia.

⁸¹ El TPR en la OC 1/2007 de 3 de abril de 2007 bajo el subtítulo “B. Concepto, naturaleza y objetivo de las opiniones consultivas”, ha señalado que “en verdad se trata de interpretaciones prejudiciales” (numeral 1de la OC), si bien desnaturalizado por la falta de obligatoriedad .con lo que no puede asegurar la aplicación uniforme del derecho mercosureño, ni dar seguridad jurídica al sistema (numeral 4 de la OC). Es de observar que a diferencias de las otras actuaciones del TPR (al igual que de los TAH), en el caso de OC, están autorizadas las fundamentaciones de votos concurrentes y disidentes. Bien observa DREYZIN de KLOR que “El propio TPR debe ser consciente de la responsabilidad que asume a través de pronunciamientos cuyos potenciales destinatarios son todos los operadores jurídicos de los Estados Partes, en última instancia sus respectivos jueces y tribunales. Ello trae como consecuencia la conveniencia de mostrarse particularmente generoso y sólido en la motivación de sus decisiones, evitando en lo posible opiniones disidentes (ajenas en el contexto arbitral *stricto sensu*, en el que los laudos lo más que admiten es manifestar la disconformidad sin exteriorizar el fundamento de la misma), que si bien pueden aportar riqueza al debate jurídico, pueden traer consigo inconvenientes de peso. Así, la posibilidad de que la *auctoritas* del TPR, no precisamente respaldada por la fuerza jurídica vinculante de sus decisiones, ausente como hemos venido viendo en el marco de las opiniones consultivas, pueda verse cercenada ante una opción por los jueces nacionales en favor de la opinión minoritaria (opinión que, además, les facilitaría la necesidad de fundamentar su pronunciamiento al margen o en contra del pronunciamiento del TPR, al hacer suya la fundamentación de la minoría en cuestión)” (DREYZIN DE KLOR, A. *La primera Opinión Consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión Prejudicial?* (<http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/tcdNP.asp?base=50&id=3516>)). V. al respecto RUIZ DÍAZ LABRANO, R. “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los tribunales superiores de los Estados partes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2006 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr29.pdf>).

*Decisión CMC N° 2/08. que aprueba el *Procedimiento para dirimir divergencias técnicas en materia de valoraciones aduaneras en el MERCOSUR* (Decisión 13/07), que contempla actuaciones ante el Comité Técnico N° 2, la CCM, consulta a la Dirección de Asuntos Arancelarios y Comerciales de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y eventualmente su Comité Técnico de Valoraciones⁸².

Frecuentemente, se ha criticado a los tribunales arbitrales *ad hoc* por su falta de permanencia, su falta de real independencia, la dificultad para construir doctrina jurisprudencial, su imposibilidad de brindar previsibilidad jurídica, su falta de aptitud para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento del conjunto normativo del MERCOSUR de forma consistente y sistemática. Ello se ve atenuado por la creación mediante el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del Tribunal Permanente de Revisión, entre cuyas funciones se halla la de revisar las cuestiones de derecho tratadas en las controversias y las interpretaciones jurídicas realizadas por los tribunales. *ad hoc*.

Si bien, los análisis doctrinarios más frecuentes del rol arbitral de estos tribunales se han centrado en el análisis crítico de las respuestas dadas por los tribunales a la cuestión concreta planteada en el caso, en esta oportunidad, trataremos de observar los aportes que los laudos han importado para la consolidación jurídica del proceso de integración mercosureño como tal⁸³.

⁸² Deben tenerse presente también *i.a.*: * Decisión CMC N° 3/98 *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR* que tiene por objeto regular el arbitraje como medio alternativo privado de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado como solución jurídica para controversias entre personas físicas o jurídicas del sector privado de los Estados Partes * Decisión CMC N° 4/98 *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile* con igual objetivo que el de la Decisión N° 3/98 pero en controversias entre particulares de los EP del MERCOSUR y particulares de las Repúblicas de Bolivia y Chile. Asimismo es de tener en cuenta al *Tribunal Administrativo Laboral* (Resolución del GMC N° 54/03). Constituyen etapas paralelas del sistema, los *Procedimientos de Consultas y Reclamaciones*, regulados en la Directiva CCM N° 17/99 y en el Anexo del Protocolo de Ouro Preto (Decisión CMC N° 18/02). Tales mecanismos son gestionados por la Comisión de Comercio del MERCOSUR y por el Grupo Mercado Común.

⁸³ Aun cuando pueda resultar simplista y lineal el tratamiento, buscaremos mantenernos lo más cerca posible de los textos originales a fin de facilitar al lector su propia ponderación del valor del aporte que señalamos. Dado que, frecuentemente se torna innecesario por su obviedad el comentario sobre el peso que pudiera tener una expresión nos limitamos a resaltarla. Atento a que lo haremos en todos los textos no indicaremos que “el resaltado nos pertenece”. Por el contrario, si una expresión ha sido resaltada por el propio Tribunal, lo haremos presente.

Es de destacar que los once laudos arbitrales de los tribunales *ad hoc* pronunciados hasta la fecha⁸⁴ -salvo limitadas excepciones- han hecho referencia sustancial a los laudos precedentes, apoyándose en sus contenidos y fundamentos decisionales⁸⁵, contribuyendo a la formación de una doctrina jurisprudencial mercosureña a pesar de no estar llamados a ello por su tipo institucional.

III. 2.- EL APORTE DE LOS PRONUNCIAMIENTOS ARBITRALES EN MATERIA DE NATURALEZA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN MERCOSUREÑO

En el desarrollo de esta parte seguiremos el orden cronológico de la producción de los laudos en tanto, tal como lo señaláramos, los tribunales se han ido apoyando en los pronunciamientos de los tribunales que les precedieron.

Es de observar que debido a la falta de disposiciones uniformes en materia de aspectos formales de los pronunciamientos arbitrales en el MERCOSUR, cada laudo ha seguido modalidades particulares. Algunos han numerado los párrafos del 1 al infinito sin tomar en consideración títulos y subtítulos; otros han iniciado la numeración desde 1 en cada título y capítulo; otros han utilizado letras y números para indicar la jerarquización de los títulos y subtítulos; otros no han efectuado divisiones jerarquizadoras o bien han empleado jerarquizaciones complejas de varios niveles. Esa libertad, dificulta las citas, las que muchas veces deben hacerse conforme a la página en la que aparece el párrafo citado, referencia que sólo resulta válida si la indicación se hace con referencia al documento

⁸⁴ Ello, sin contar el laudo de fecha 25 de octubre de 2005 (*Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina "Prohibición de Neumáticos Remoldeados"*, revocado por el Laudo 1/2005 del TPR de fecha 20 de diciembre de 2005).

⁸⁵ Vg.: Laudo II (para. 46, 55), Laudo II (para. 2 del Punto "C" del Considerando), Laudo III (para. 2 del Punto C. del Considerando); Laudo IV (para. 103-106, para. 130, 135-138; 147, 159); Laudo V (para 1, 2 del Subtítulo 3.1.Marco Normativo, III Fundamentos); Laudo VI (para. 8 del Punto A. del Considerando, para. 3 del Punto B del Considerando 1 Derecho Aplicable a) Introducción), 1. El marco normativo general); Laudo VII (para. 7.6 - 7.8, 8.12, 8.14); Laudo VIII (para. 4 del Considerando y para. 1 del Subtítulo "El Tribunal a su vez dispone" del dictamen de Aclaratoria); Laudo IX (para. 62). Laudo X (Notas de pie de página N° 5 y 6); Laudo XI (Nota de pie de página N° 5); Opinión Consultiva 1/2007 (Notas de pie de página N° 14, 25, 26, 27).

oficial y siempre que la página oficial no modifique el documento, su tipo o el tipo de página web (circunstancia que, a la fecha, se ha producido en varias oportunidades).

Resultan destacables los aportes clarificadores de los distintos laudos, particularmente, en materia de interpretación de la naturaleza del proceso integración mercosureño, del rol del derecho internacional en el sistema normativo del MERCOSUR, incluso, del rol del arbitraje en el sistema. Indudablemente, dadas las limitaciones de esta presentación, las referencias serán incompletas y necesariamente parciales⁸⁶.

III. 2. a. Tribunales Ad Hoc

Los Tribunales Ad Hoc han ido completando el perfil del MERCOSUR en lo que hace a la naturaleza y a los elementos esenciales del sistema. El recurso a la interpretación teleológica o finalista -imitativa del camino seguido en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)- ha tenido un rol significativo en el impulso dado al proceso de integración, si bien ha acompañado una serie de otros fundamentos interpretativos.

El ***Laudo I*** del TAH de 28 de abril de 1999 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA LA CONTROVERSIA SOBRE COMUNICADOS N° 37 DEL 17 DE DICIEMBRE DE 1997 Y N° 7 DEL 20 DE FEBRERO DE 1998 DEL DEPARTAMENTO DE OPERACIONES DE COMERCIO EXTERIOR (DECEX) DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO EXTERIOR (SECEX): APLICACIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS AL COMERCIO RECÍPROCO, Argentina c/ Brasil*), ha considerado que:

⁸⁶ V. BERTONI, I. *Laudos arbitrales en el MERCOSUR*, Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2006. DREYZIN DE KLOR, A. "Los laudos arbitrales del MERCOSUR: Una visión prospectiva", *DeCITA 1.2004*, Buenos Aires, Zavallia; URIONDO DE MARTINOLI, A. "Segundo Laudo Arbitral del Mercosur y Tercer Laudo Arbitral del Mercosur" *Jurisprudencia, Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. X (2000); REY CARO, E. J. (Dir). DRNAS DE CLÉMENT, Z., MATHIEU. E., PAGLIARI, A. S., PERALTA, F. REY CARO, E.J., RODRÍGUEZ, M-C-. SALAS. G. R., SARTORI, S, STICCA, M. A. *Doctrina Jurisprudencial de los Laudos Arbitrales del MERCOSUR*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba 2004; SAVID BAS, L. I. *et al. Jurisprudencia Internacional Comentada*, Lerner, Córdoba, 2004.

“57. El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran **procesos o mecanismos de integración**. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la **valoración teleológica** de las obligaciones y de las actividades ocupa un **lugar central** so pena de perder todo sentido. Es que **no se trata de ‘un derecho acabado’** al decir de Lecourt (Op. cit. p. 237), **sino de un proceso dinámico**, dentro de una realidad en cambio. El método teleológico, como enseña Fausto Quadros, procura garantizar que las normas ‘sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración’ (Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público, Almedina, Lisboa, 1984, p. 426 a 427). En el mismo sentido Lecourt (Op. cit. p. 237) anota que en estos instrumentos internacionales existe ‘la vocación común de extraer la plenitud de los efectos buscados’ y derivar de los textos ‘todas las consecuencias razonables’”.

“58. Apreciación que vale no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenues. **Los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción**. Aun sin llegar a una aplicación absoluta de la regla que Quadros define como “*in dubio pro communitate*”, y **en tanto no haya contradicción con textos expresos**, la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración debe guiarse por este propósito y hacerlo posible. Especialmente pertinente resulta este criterio cuando se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte de la estructura jurídica y se hace necesario colmar las insuficiencias (Cf. Quadros, op. cit. p. 429 a 430 y Lecourt, op. cit. p. 241 a 247)”.

“60. **La consideración del objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración**, dentro de los parámetros fijados, es además un **factor de seguridad**

jurídica, como anota Lecourt (Op. Cit. p. 243) y en especial con respecto a la libre circulación de bienes, elemento fundamental en la construcción del proyecto integracionista. Siendo los objetivos permanentes y no mediando una modificación expresa por una norma de jerarquía igual, se constituyen en una referencia estable de cuya continuidad depende la consolidación de las corrientes de comercio y de los procesos económicos y sociales que se producen a su alrededor (TA preámbulo y artículos 1 y 5, entre otras normas)”.

Es de tener presente que toda interpretación tiene lugar cuando es necesario precisar el significado, el alcance o el contenido de una norma, rigiendo el principio general *in claris non fit interpretatio*. Rudolf von Ihering suele ser considerado el punto de referencia histórico de la aplicación del método teleológico (realismo teleológico desde la idea de la “finalidad”⁸⁷), si bien pueden hallarse antecedentes de ese criterio interpretativo en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVII. (vg. Grocio con su *ratio legis* y Pufendorf con su razón evolutiva). Esta concepción interpretativa fue receptada en las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986), como también por normas y pronunciamientos jurisprudenciales nacionales⁸⁸ e internacionales. Tal percepción interpretativa, tal como lo señaláramos, permitió al TJCE en sucesivos pronunciamientos objetivar al máximo la intención de los Estados Partes y construir un orden jurídico diferente del internacional, en base a la *cesión de soberanía por parte de los Estados Miembros* en la Comunidad⁸⁹. A pesar de que esa delegación de soberanía no se ha dado en el MERCOSUR han imitado el rol del Tribunal europeo, así como lo hiciera en su momento el TJCA.

El fallo del Laudo I, *i.a.* ha considerado al MERCOSUR un proceso de integración que tiene por piedra angular de su estrategia permanente de integración a la liberación comercial. Así expresa:

⁸⁷ La finalidad subjetiva (del legislador) u objetiva (de la norma). V. GARCÍA LALAJA, A.-GARCÍA TENÍA, J.M. - HERNÁNDEZ BLASCO, F. “Interpretación Teleológica”, en CALVO GARCÍA, M. (Ed.) *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Vol. 1, PUZ Pressas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1995, pp. 67 y ss.; DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 216 y ss.

⁸⁸ Éstos, generalmente, bajo la expresión “espíritu de la ley”.

⁸⁹ V. ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp 141 y ss.

“65 (...) la **liberación comercial**, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la **masa crítica** necesaria para impulsar las demás acciones hacia el Mercado Común, quebrando la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración”.

Reitera el Tribunal que la *liberación comercial* sigue siendo **piedra angular** de la estrategia de integración. Esta razón integracionista es acompañada por otras consideraciones bajo el subtítulo de “marco conceptual internacional”, como la contenida en el para. 62 que sienta que en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rigen, “**son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales**”.

El laudo ha hecho referencia a la “**secuencia racional de un proceso de integración, en el ‘continuum integratif’**” (para. 72) y ha destacado que todo el sistema del MERCOSUR reposa en el TA aunque el mismo haya tenido y tenga modificaciones. Ello, en tanto el propio TA prevé *i.a.* el cambio de sus instituciones (Art. 18), tiene duración indefinida (Art. 19), evidenciando en su misma normativa el principio de continuidad. Así expresa: “*Las instituciones de Ouro Preto son en lo principal las mismas del TA fortalecidas y desarrolladas, adaptadas a las transformaciones ocurridas (OP, preámbulo)*” (para. 75).

En las *Conclusiones*, el Tribunal ha efectuado una interpretación sistemática del conjunto normativo del MERCOSUR para dar el peso adecuado a los distintos dispositivos. Así, ha expresado:

“85 (i) La controversia planteada ha de situarse en el **conjunto normativo del MERCOSUR**, interpretándolo a la luz de las **relaciones recíprocas que emanan de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados asumieron** en el contexto de un **proyecto integrador común**”.

“85 (iii) Los **instrumentos** internacionales que configuran procesos de integración y las obligaciones que resultan de ellos han de ser **interpretados en forma teleológica**, teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración, **aun en ausencia de normas de carácter supranacional**”.

Si bien el Laudo reconoce la inexistencia de supranacionalidad en el sistema del MERCOSUR y la falta de efecto directo de sus normas, subyace en todo el pronunciamiento el principio de primacía normativa del MERCOSUR por vía interpretativa del Tribunal.

El **Laudo II** del TAH, de 27 de octubre de 1999 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA RECLAMACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA A LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, SOBRE SUBSIDIOS A LA PRODUCCIÓN Y EXPORTACIÓN DE CARNE DE CERDO, Argentina c/ Brasil*) ha señalado:

“55. La circunstancia de que determinadas **normas requieran de implementación posterior** no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los **Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación** así como el **cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios (...)**”.

El Laudo recuerda en el mismo numeral **la perspectiva finalista del proceso de integración del MERCOSUR** sentada en el *Laudo I*, especialmente lo señalado en los numerales 57 y 65, que refiriéramos precedentemente y recuerda que ésta “**es la convicción común de todos los Estados Miembros del MERCOSUR, como lo han manifestado las Partes durante el proceso**”. La generalización de convicción de “**todos**” los Estados “**Miembros**” resulta llamativa ya que quienes se han manifestado ante el Tribunal han sido sólo los “**Estados Partes**”.

El **Laudo III** del TAH, de 10 de marzo de 2000 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA DECIDIR SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA SOBRE PRODUCTOS TEXTILES*

(RES. 861/99) DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, *Brasil c/ Argentina*), reitera la importancia que tiene la eliminación de las barreras comerciales entre los Miembros como objetivo central del proceso, aspecto ya señalado en los Laudo I y II.

El pronunciamiento avanza sobre los laudos que le precedieron y en el para. 3 del Punto H. 3 del *Considerando* expresa que el Tribunal “*parte del presupuesto de que en una unión aduanera como MERCOSUR existe una **presunción a favor del libre comercio entre sus miembros***”.

El Tribunal también considera que las relaciones comerciales dentro de un sistema que se encuentra “tan altamente integrado” como el MERCOSUR, deberán basarse en la regla de derecho. En un sistema basado en la regla de derecho, *las medidas sobre el comercio deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros*, sin fundamento jurídico alguno. La regulación del uso de medidas que afectan al comercio reviste una trascendencia primaria en el establecimiento de un *standard mínimo de certeza jurídica* para todos los actores relacionados con el comercio dentro de una unión aduanera. La necesidad de certeza jurídica y previsión no se limita al interés de los Estados miembros del MERCOSUR sino que incluye a toda la comunidad relacionada con negocios que tienen una expectativa legítima sobre la existencia actual de un libre comercio⁹⁰.

En el Punto C del *Considerando*, al ocuparse del “*Contexto para la interpretación de la normativa del MERCOSUR*”, hace presente que el sistema MERCOSUR tiene por objetivo eliminar las barreras al comercio entre sus miembros y que toda interpretación por parte del Tribunal debe estar en concordancia con esos propósitos que representan el objeto y fin de los acuerdos de base⁹¹.

⁹⁰ V. KLEINBEISTERKAMPF, J. “Legal Certainty in the MERCOSUR”, *NAFTA Law & Bus.. Rev. Am.*, 2000-6, pp. 5 y ss.

⁹¹ Con relación a la obligación de incorporar las normas MERCOSUR al derecho interno, aspecto sobre el que se detiene el laudo, v. *infra*, laudo VII.

El *Laudo IV* del TAH de 21 de mayo de 2001 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA DECIDIR SOBRE LA CONTROVERSIA ENTRE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL Y LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE “APLICACIÓN DE MEDIDAS ANTIDUMPING CONTRA LA EXPORTACIÓN DE POLLOS ENTEROS, PROVENIENTES DE BRASIL, (RES. 574/2000) DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA”*, *Brasil c/ Argentina*) ha entendido que el hecho de que no se hayan podido cumplir los **plazos de las metas** “no priva de contenido ni de vigencia a las normas que determinaron la libre circulación de bienes en el área”, como tampoco ha impedido que el principio de libre circulación de bienes en el territorio del MERCOSUR se haya consagrado como principio de derecho. Ha recordado laudos anteriores y ha señalado que: “(...) *La jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR confirma el criterio de que a partir de 1999 la libre circulación de bienes es la norma MERCOSUR y que las restricciones, entendidas en el sentido amplio indicado, no están permitidas*”⁹². El Tribunal agregó:

“140. La posición central de la **liberación comercial consagrada en términos jurídicamente obligatorios** por la normativa originaria y reiterada en los ajustes realizados en las metas y objetivos del MERCOSUR se halla reflejada a su vez en la realidad operativa del MERCOSUR en la que el comercio intrazona es la piedra angular sin la cual el emprendimiento regional quedaría vacío de contenido. De ahí que tanto por razones jurídicas como por la materialidad de las relaciones creadas al amparo de la normativa MERCOSUR, las eventuales limitaciones a la libre circulación deban ser colocadas y examinadas bajo esa perspectiva”.

“150. La propia **evolución de las normas MERCOSUR indica esa misma dirección**, por más que no haya cristalizado en un régimen que tenga vigencia. En efecto, **la sucesión de normas aprobadas al respecto, aunque no vigentes, demuestran la voluntad de los Estados Partes Miembros de establecer una disciplina común en los procedimientos tanto extra como intrazona**. El hecho de que esas normas no hayan alcanzado la vigencia no las priva de un **valor indicativo**

⁹² V. numerales 133 a 139.

*e interpretativo de la voluntad de las Partes en el sentido de buscar una regulación común de esta materia (...)*⁹³.

El **Laudo V** del TAH de 29 días de septiembre de 2001 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER DE LA CONTROVERSIA PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE “RESTRICCIONES DE ACCESO AL MERCADO ARGENTINO DE BICICLETAS DE ORIGEN URUGUAYO”, Uruguay c/ Argentina*) en los Paras. 2 y 3 del Punto 3.1. *Marco normativo* reitera la perspectiva finalista sentada por los Tribunales *ad hoc* en los Laudos I, II, III.

El Tribunal agrega que *“la aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe ser realizada desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el **derecho internacional**, a cuyo fin es de señalar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como **fuentes normativa del MERCOSUR** a “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia” (artículo 19). Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización (...)*”.

El fallo buscando la efectividad de su pronunciamiento declara que la resolución de la República Argentina comunicada el 23 de enero de 2001 (tratamiento arancelario extrazona a las mercaderías exportadas por la empresa Motociclo S.S.) *“es violatoria de la normativa MERCOSUR, por lo cual a) se revoca y deja sin efecto la referida resolución (...)*⁹⁴, estableciendo la *primacía y efecto directo de un naciente orden jurídico comunitario MERCOSUR*, ya que entiende *“es la única forma de hacer efectivo el pronunciamiento en el caso concreto preservando el valor seguridad jurídica ante una perturbación directa del ordenamiento derivada de una decisión individualizada”*.

⁹³ V. otros párrafos de este pronunciamiento *infra* (Laudo VII).

⁹⁴ El TAH se ha excedido en sus facultades al disponer la revocación de una norma de derecho interno y declararla sin efecto. Es de recordar que varios pronunciamientos del TJCA han hecho expresa referencia a la incompetencia de los tribunales para ordenar revocaciones normativas o declarar la nulidad de normas del derecho interno de los Estados (*i.a.* sentencia del TJCA en el asunto *Junta/Ecuador* (Proceso 1-AI-96); sentencia en el asunto *Secretaría General/Ecuador* (Proceso 2-AI-97).

El **Laudo VI** del TAH de 9 de enero de 2002 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER DE LA CONTROVERSI A PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL SOBRE “PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS (REMOLDED) PROCEDENTES DE URUGUAY”*, Uruguay c/ Brasil), al referirse a *Los Principios Generales del Derecho: el estoppel* (Considerando B, 2, c)) destaca el perfil particular que tiene la “teoría del acto propio” (estoppel) en las relaciones entre Estados de un proceso de integración:

*“La aplicación de la teoría del acto propio a las relaciones entre Estados vinculados por tratados de integración económica como los que constituyen y desarrollan el MERCOSUR, no puede hacer abstracción de la especial relación que tales tratados crean entre sus signatarios. La existencia de esta relación básica, constituida por un tratado y desarrollada luego a través de los años por otros actos jurídicos así como por actividades comerciales y productivas, debe ser tomada en cuenta al considerarse la posibilidad de aplicar a una situación particular, la teoría del acto propio o estoppel, a efectos de asegurar la subsistencia de un flujo comercial preexistente a normativas internas que pretenden restringir o frustrar ese flujo”*⁹⁵.

Al referirse a los **principios generales en materia de integración** (Considerando B. 1. c), el laudo expresa:

*“Una cuestión importante para los Estados es la **compatibilidad entre el libre comercio y las normas internas de comercialización de productos**. Frente a este problemática los Estados deben siempre tener presente que las razones invocadas por las autoridades nacionales, aunque relevantes, **están sujetas al principio de la proporcionalidad, o sea, por la lógica del proceso de integración** no se admiten trabas al comercio para la protección de bienes que podría ser obtenida por medios*

⁹⁵ El Tribunal concluyó que en la década del '90 existió un flujo comercial entre Uruguay y Brasil de neumáticos recauchutados y que esos neumáticos no fueron considerados como “usados”.

menos restrictivos, como por ejemplo, informar al consumidor acerca del producto que está comprando, sus especificidades y cualidades.

*Otro tema fundamental de la lógica integracionista es el que se refiere a la existencia de una **reserva de soberanía** que permite a los Estados Miembros del MERCOSUR la imposición de barreras por decisión unilateral. Sin embargo en el presente caso no está en juego la aplicación de una reserva de soberanía en razón de que el Tratado de Asunción limita las causales de reserva a las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980.*

*Otro principio que debe tenerse en cuenta es el de la **razonabilidad**, vale decir que las acciones de las autoridades de los Estados Miembros **no pueden exceder el margen de lo necesario para alcanzar los objetivos propuestos**. En otras palabras, esas acciones no pueden ser arbitrarias y **no pueden violentar los principios de la libre circulación**. El principio de la razonabilidad debe orientar las acciones de los Estados pues en aquél están incorporados la **seguridad jurídica del proceso de integración, la garantía de los valores protegidos por los Tratados fundacionales del MERCOSUR, así como la prudencia, la causalidad y la proporcionalidad** ya referida.*

*El 'principio de la **previsibilidad comercial**' también se impone en este caso. La **certeza jurídica, claridad y objetividad** son condiciones imprescindibles y reglas generales para las actividades comerciales de los Estados Miembros y son elementos esenciales para la confianza en el mercado común.*

*Para el Tribunal, los **principios** aquí referidos de la "**proporcionalidad**", "**limitación de la reserva de soberanía**", "**razonabilidad**" y de la "**previsibilidad comercial**" dan fundamento al Mercado Común del Sur. Son elementos esenciales de la **cooperación** entre los Estados Miembros, de la **reciprocidad** en condiciones de igualdad, del **equilibrio** entre las ventajas y obligaciones que derivan de la integración y de la **formación gradual del mercado compartido**".*

El **Laudo VII** del TAH de 19 de abril de 2002 (*LAUDO ARBITRAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA CONTROVERSI A PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA A LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL SOBRE “OBSTÁCULOS AL INGRESO DE PRODUCTOS FITOSANITARIOS ARGENTINOS EN EL MERCADO BRASILEÑO. NO INCORPORACIÓN DE LAS RESOLUCIONES GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 Y 71/98 LO QUE IMPIDE SU ENTRADA EN VIGENCIA EN EL MERCOSUR”, Argentina c/ Brasil*) ha expresado:

*“7.3. La **obligación de incorporación** establecida en los artículos 38 y 40 del POP surge como consecuencia de la **no aplicación directa en los Estados Partes** de la normativa MERCOSUR, **distinguiendo el Protocolo de Ouro Preto entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas** que componen el derecho derivado en el MERCOSUR”.*

*“7.5. No obstante la obligatoriedad de la normativa Mercosur⁹⁶ desde su perfeccionamiento por el consenso de los Estados Partes, la **vigencia de las mismas es postergada hasta la efectiva incorporación de dicha normativa al derecho interno** de cada uno de los Estados Partes, en los casos que esto es necesario”.*

*“7.6. Así lo ha entendido la Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales “ad hoc” en el MERCOSUR expresando que “el régimen resultante, sin embargo no es incoherente ni contradictorio sino que responde al concepto llamado en doctrina “**de vigencia simultánea**” -por oposición a la aplicación inmediata- en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema en el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del Art. 40” (Laudo Arbitral en la controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de*

⁹⁶ Art. 42 del POP.

pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, Considerando 116)”.

*”7.7. En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una **obligación de hacer**, la de **incorporar al derecho interno dicha normativa**, y una **obligación de no hacer**, la de **no adoptar medidas que por “su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada”** (Laudo Arbitral cit., Considerando 117)”.*

*”7.8. La obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los derechos internos de los Estados Partes constituye una obligación de hacer que **compromete la responsabilidad internacional de los Estados en caso de no cumplimiento**. En este sentido la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales “ad hoc” del MERCOSUR ha establecido que **“dada la naturaleza intergubernamental del MERCOSUR y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumpliendo apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido”** (Laudo Arbitral cit., Considerando 117)”.*

Atento a las obligaciones de hacer y de no hacer, el Tribunal estima que corresponde analizar si la demandada ha violado esas obligaciones ya que, si bien Brasil reconoce expresamente la obligación de incorporar la normativa MERCOSUR, esa obligación es sin plazo. El Tribunal aclaró al respecto:

*“8.7. **No existen en el Derecho obligaciones sin plazo**, cuya exigibilidad quede librada a la voluntad del obligado. Esto es evidente tanto en el caso de las obligaciones derivadas de actos internacionales bilaterales como de los multilaterales. La ausencia de previsiones normativas en este sentido, debe*

colmarse con otras normas o principios jurídicos. Pueden existir lagunas en la norma, mas no existen lagunas en el Derecho.

*8.14. También es aplicable a la controversia sometida a consideración el **principio de razonabilidad en la actuación y conducta de las Partes, y en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el MERCOSUR (...)***⁹⁷.

El **Laudo VIII** del TAH de 21 de mayo de 2002 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL "AD HOC" DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA DECIDIR EN LA CONTROVERSIA ENTRE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY SOBRE LA APLICACIÓN DEL "IMESI" (IMPUESTO ESPECÍFICO INTERNO) A LA COMERCIALIZACIÓN DE CIGARRILLOS, Paraguay c/ Uruguay*), en el párrafo segundo del “Considerando”, el fallo expresa:

*“Asimismo, el **Tribunal**, entendiendo que es un **órgano ad hoc del Mercosur**, integrante de un organismo internacional, toma como **criterio de interpretación la finalidad descrita en sus tratados y preámbulos, que es de promover la integración y construcción de un mercado común, pasando por el trámite de la zona de libre comercio y de la unión aduanera**”.*

En el párrafo tercero del “Considerando” reconoce las limitaciones de los tribunales arbitrales y señala:

*“En cuanto a los criterios que informan su decisión - dentro de los límites de su mandato - son la **razonabilidad y la obediencia a los textos, sin atreverse a editar normas nuevas, puesto que no es esa su función**”.*

En el párrafo 12 no numerado del Considerando establece:

⁹⁷ El Tribunal entendió que una postergación de seis años en la incorporación de la norma MERCOSUR no resultaba “razonable”, configurándose incumplimiento por parte de Brasil de la obligación establecida en los Arts. 38 y 40 del POP.

*“No tiene sentido, en un proceso de integración, que se recurra a la **retorsión**. Por eso mismo, hay mecanismos de solución de disputas que permiten aplicación, por medio del derecho, de sanciones adecuadas”.*

*”La ‘**exceptio non adimpleti contractus**’ tiene el alcance más limitado que se pueda imaginar dentro de una organización de integración regional que visa tornarse un mercado común, porque en ésta lo que se busca es la concreción de una situación de derecho para que sea más pronunciada aún de lo que es en el derecho internacional público”.*

No hace referencia este Laudo (como lo hicieran los Laudos I, III y V) a la prevalencia del derecho MERCOSUREÑO en base a las características propias de los procesos de integración que surgen de sus objetivos y fines. Sin embargo, la referencia a una “situación de derecho” propia de un “mercado común”, que restringe la aplicación de la ‘*exceptio non adimpleti contractus*’, permite deducir un sistema normativo mercosureño particular con normas propias y distintas a las del derecho internacional público.

El voluntarismo integrador del tribunal se observa en el párrafo 7 no numerado del Considerando al señalar que en el orden interno, *las normas MERCOSUR* una vez integradas al ordenamiento interno de los Estados *“tienen por lo menos rango de ley”*. Llama la atención la injerencia del Tribunal en el sistema de jerarquía normativa interno de los Estados Partes.

Algunos doctrinarios estiman que si ciertas medidas o actos nacionales unilaterales vulneran el sistema jurídico mercosureño en materias en las que se ha acordado la integración, el juez nacional debe dar primacía al derecho regional en base a lo establecido

en los Arts. 2, 9, 15, 21, 38 y 42 del POP (en particular estos dos últimos⁹⁸) y concordantes del TA y del PO⁹⁹.

El Laudo IX del TAH de 4 de abril de 2003 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL "AD HOC" DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA DECIDIR EN LA CONTROVERSIA ENTRE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY SOBRE "INCOMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE ESTÍMULO A LA INDUSTRIALIZACIÓN DE LANA OTORGADO POR URUGUAY ESTABLECIDO POR LA LEY N° 13.695/68 Y DECRETOS COMPLEMENTARIOS CON LA NORMATIVA MERCOSUR QUE REGULA LA APLICACIÓN Y UTILIZACIÓN DE INCENTIVOS EN EL COMERCIO INTRAZONA", Argentina c/ Uruguay*) recuerda y amplía lo establecido en el Laudo VIII con relación a la *exceptio non adimpleti contractus*:

*“62 (...) No tiene sentido, en un proceso de integración, que se recurra a la retorsión. Por eso mismo, hay mecanismos de solución de disputas que permiten la aplicación, por medio del derecho, de sanciones adecuadas. La **exceptio non adimpleti contractus** tiene el alcance más limitado que se pueda imaginar dentro de una organización regional que visa tornarse en un mercado común, porque en ella lo que se busca es la concreción de una situación de derecho para que sea más pronunciada aún de lo que es en el derecho internacional público”.*

*“63 (...) lo cierto es que el **ordenamiento jurídico del MERCOSUR** (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito^(...), ante un ordenamiento **“organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”**) ha previsto*

⁹⁸ POP: “Art. 38: Los EP se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Art. 2 de este Protocolo (...)”. “Art. 42: Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Art. 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

⁹⁹ V. PEROTTI, A. D. *Los Principios de Derecho Comunitario y el Derecho Interno en Europa y en la Comunidad Andina. Su aplicabilidad en el Derecho del MERCOSUR*, pp. 54-55 (www.acaderc.org.ar).

una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia”.

La nota de pie de página N° 20, agrega: “(...) *Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que tales medidas compensatorias, cuyo objetivo no es otro que constreñir al Estado obligado a cumplir con lo dispuesto en el laudo, presuponen un gravísimo comportamiento cual es el incumplimiento de éste, a cuyo respecto, aun en el diferente contexto de la Comunidad Andina, pueden traerse a colación las palabras de su Tribunal de Justicia en el Auto de 20 de octubre de 1999, Proceso 1-AI-97 (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, núm. 500, de 25 de octubre de 1999): “Que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema, y que, como se puede deducir sin mayor esfuerzo dialéctico, es un hecho que afecta a todos los Países Miembros y a todos los Órganos y Entidades de la Comunidad al lesionar directamente el proceso de integración en el que la subregión viene empeñada desde hace más de treinta años”.*

Construye este laudo la idea de “ordenamiento” de un proceso de integración en el que la violación de una norma no sólo implica una lesión particular al damnificado *in capita* sino, también una lesión al conjunto de los miembros al dañar con la violación al proceso como tal.

El **Laudo X** del TAH de 5 de agosto de 2005 (*LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL "AD HOC" DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA DECIDIR EN LA CONTROVERSIA ENTRE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY SOBRE LA “CONTROVERSIA SOBRE MEDIDAS DISCRIMINATORIAS Y RESTRICTIVAS AL COMERCIO DE TABACO Y PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO”, Uruguay c/ Brasil*), siguiendo la posición del Laudo IX, a pesar de la comunicación de las Partes de la terminación de la controversia (revocación por parte de Brasil de las normas objetadas), emitió su pronunciamiento en tanto el *petitum* uruguayo no sólo requería la declaración de incompatibilidad de normativa brasileña concreta, sino

también la de “toda medida de efecto restrictivo o discriminatorio” en la materia y de toda medida de ese tipo a “adoptar en el futuro”, aspectos estos últimos que, en ***función del rol del Tribunal, éste entendió correspondían fueran resueltas conforme al ordenamiento mercosureño.***

El ***Laudo XI¹⁰⁰*** del TAH de 6 de septiembre de 2006 (***LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER DE LA CONTROVERSIA PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE “OMISIÓN DEL ESTADO ARGENTINO EN ADOPTAR MEDIDAS APROPIADAS PARA PREVENIR Y/O HACER CESAR LOS IMPEDIMENTOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DERIVADOS DE LOS CORTES EN TERRITORIO ARGENTINO DE VÍAS DE ACCESO A LOS PUENTES INTERNACIONALES GRAL. SAN MARTÍN Y GRAL. ARTIGAS QUE UNEN LA REPÚBLICA ARGENTINA CON LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY”, Uruguay c/ Argentina***) ha expresado:

“103) La integración económica puede ser considerada como una “situación” o como un “proceso”. Dado que la integración parte de la existencia de distintos ámbitos espaciales económicos en los cuales la mercadería u otros factores económicos originarios del exterior dejen de ser discriminados, como “situación” la integración consiste en la ausencia de las formas de discriminación entre las economías nacionales, pero como “proceso” consiste en el conjunto de medidas dirigidas a abolir en forma progresiva la discriminación entre las unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones (...) con el objetivo de conformar una nueva unidad económica”.

“104) Consecuentemente, no se puede negar que como “proceso”, el MERCOSUR se encuentra en permanente desarrollo. No obstante, también es dable señalar que, salvo determinadas excepciones, a partir del 31 de diciembre de 1999, el

¹⁰⁰ Tal como ya lo señaláramos, no hacemos referencia al Laudo de 25 de noviembre de 2005 en la cuestión relativa a la “Prohibición de Importación de neumáticos remoldeados” por haber sido revocado por laudo del TPR de 20 de diciembre de 2005.

MERCOSUR constituye una zona de libre comercio (...) y que sin perjuicio de que hay una dinámica referente a compromisos que deben estructurarse, también es cierto que lo andado hasta el momento ha generado vínculos ciertos y en vigencia que implican compromisos exigibles por los Estados Partes”.

“106) El artículo 1° del Tratado de Asunción luego de expresar que los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, establece que **este Mercado Común “... implica: la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”.**

“133) No escapa a este tribunal que en materia de acuerdos multilaterales de facilitación del comercio y con especial referencia al régimen de la OMC, se ha sostenido que **cabe apartarse de los compromisos asumidos por acuerdos multilaterales de comercio siempre que fueren invocados principios y valores aceptados por la comunidad internacional (...)** y que en los casos en los que la armonización de los derechos en juego resulta sumamente dificultosa o imposible, es inevitable que deba optarse por resguardar en la mayor medida los **intereses y valores de mayor jerarquía**, pues los “bienes jurídicos” no son otra cosa que objetos valiosos susceptibles de clasificarse jerárquicamente prefiriendo los más valiosos respecto de los menos valiosos ⁽¹⁰¹⁾. Pero el Tribunal considera que, aun cuando por vía de hipótesis nos halláramos ante ese caso, ello habilitaría algún grado de restricción pero nunca la anulación absoluta del valor que sea considerado menor, en aras de otro que sea juzgado de mayor jerarquía”

¹⁰¹ El Tribunal cita a RECASSENS SICHES, L. (*Filosofía del Derecho*), México, Editorial Porrúa, 2003, Capítulo Segundo, N° 8, pág. 63) expresa: “Los valores presentan el espectáculo de guardar entre sí relaciones de rango o jerarquía,. Hay especies de valores que valen más que otras clases - por ejemplo, los valores éticos valen más que los utilitarios - y además, dentro de cada familia de valores, también ocurre que unos valen más que otros, por ejemplo, vale más la pureza que la decencia, vale más la sublimidad que la gracia”. En relación con la jerarquía de los valores, también GARCÍA MORENTE, Manuel *“Lecciones Preliminares de Filosofía”*, Editorial Losada, 1963, p. 380; FRONDIZI, R, *“¿Que son los valores?”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, Capítulo IV, § 6, pág. 94 y siguientes.

“150) El Tribunal considera que no son asimilables a este caso ninguno de los precedentes de la Corte de Justicia Europea invocados en el Reclamo y en la Respuesta. No sólo por la **diferencia cualitativa que tiene el derecho comunitario europeo, de claro carácter supranacional respecto del derecho del MERCOSUR que es índole interestatal y por el hecho de que la normativa aplicable es diferente de la que rige en nuestro caso, sino también por razón de la peculiaridad de los casos**”.

III. 2. b. Tribunal Permanente de Revisión

El **LAUDO N° 01/2005**, de 20 de diciembre de 2005, DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN EL RECURSO DE REVISIÓN PRESENTADO POR LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY CONTRA EL LAUDO ARBITRAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DE FECHA 25 DE OCTUBRE DE 2005 EN LA CONTROVERSIA “PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY” dispone:

9. (...) (U)n derecho de integración (que ya lo tiene el MERCOSUR) y en un derecho comunitario al cual se aspira (que todavía no lo tiene el MERCOSUR)¹⁰² por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. En suma, el derecho de integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho¹⁰³. El no considerar ello contribuirá siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña. Al respecto dice Alejandro Daniel Perotti ‘recorrir a elementos que se ubican fuera del

¹⁰² Es de observar que Perotti, a quien el referido párrafo del Tribunal cita, sostiene que el derecho del MERCOSUR constituye un ordenamiento “comunitario”, afirmación que realiza en carácter de conclusión central de su trabajo *Los Principios del Derecho Comunitario (...)*, *Op cit.*, p. 166.

¹⁰³ Cabe recordar que Savid Bas, concordantemente con lo expresado por el TPT, ha señalado que “los tratados internacionales constituyen el cuerpo básico de una estructura comunitaria” y que en tal aspecto “pese a su indudable naturaleza de derecho internacional, constituyen el cuerpo normativo fundamental de un ‘sistema de Derecho Comunitario’”. (SAVID BAS, L. I. “Derecho Comunitario. Consideraciones sobre los procesos de integración en América Latina”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. V (1992-1993), p, 259).

ordenamiento de la integración lleva el pecado original de desconocer su autonomía en relación al derecho nacional y al derecho internacional’ (Perotti, Alejandro Daniel, Tercer Laudo del Mercosur. Una buena excusa para hablar de Salvaguardias y Derecho Regional, RDM, 2000-5, Pag. 234. Otras excelentes referencias se pueden encontrar en “Sexto Laudo del Mercosur – Una alternativa de solución conforme al Derecho Comunitario” de autoría de los alumnos de Derecho Ignacio Bustingorri, Alejandro Barrientos, Santiago María Castro Videla y Eduardo Federico Landera, bajo la coordinación de Alejandro Daniel Perotti)”.

Es de observar que este Laudo, en el mismo párrafo citado precedentemente ha hecho presente que la cuestión debatida en el caso es *“la viabilidad o no de la excepción medio-ambiental a tenor de la normativa mercosureña y no a tenor del derecho internacional. Al hacer esta aseveración el TPR es conciente de que no obstante que los principios y disposiciones del derecho internacional están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (Art. 34), su aplicación siempre debe ser solo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y solo cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primera (...)”.*

Esta consideración se aleja notoriamente de la doctrina jurisprudencial asentada por los TAH ya que contraría lo expresado en el *Laudo II* del TAH que señala en su Numeral 6 que “(l)a aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional. Conviene recordar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del MERCOSUR “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia” (Art. 19). Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional”. También va contra de lo manifestado por el TAH en el *Laudo III* (Para. 1 y 2 del punto C. del Considerando, el que, al determinar el punto de partida para la interpretación, lo relaciona con la determinación de las fuentes relevantes del derecho aplicable como fueran establecidas en el Artículo 19. 1

del Protocolo de Brasilia –idéntico al Art. 34 del Protocolo de OP (principios de derecho internacional aplicables a la controversia,). El *Laudo VI* (pp. 19.20), asimismo, expresa: “Es decir que, en cuanto a la aplicación de las normas del sistema MERCOSUR como así también en la interpretación y efectivización de los fines del Tratado de Asunción, deberá el Tribunal tener en cuenta la utilización de criterios integradores de la normativa MERCOSUR con las normas y principios que regulan el derecho internacional. En este sentido, el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del MERCOSUR a “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia”. (Conforme Laudo Arbitral sobre ‘Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo’). El *Laudo X*, en la p. 5 al referirse al “derecho aplicable” establece que: “(...) independientemente de la aplicación de la normativa específica del MERCOSUR, el Tribunal está obligado a observar, en la medida en que sea de aplicación a la materia en conflicto, las normas y principio de derecho internacional”; que “el Tribunal deberá aplicar normas fuera del marco regulatorio expreso del MERCOSUR pero dentro del contexto general de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a toda controversia surgida en el ámbito del MERCOSUR (...)”¹⁰⁴.

Por otra parte, en este Laudo el Tribunal ha actuado como tribunal judicial que dice el derecho en realización de la justicia, ajeno al interés de las partes. Ello se observa en el Numeral XVIII que expresa:

*1“(El Tribunal) reitera, a riesgo de ser redundante, de que **ningún Tribunal del MERCOSUR ha enfocado el tema como este TPR estima que es necesario hacerlo. Igualmente, se deja expresa constancia conforme ya se mencionara, expresamente en el numeral XVI de este laudo complementario de que ninguna de las posiciones (ni la uruguayo ni la argentina) le ha satisfecho al TPR (...)**”.*

Este tipo de posición es más propia de un tribunal judicial constitucional que de un tribunal arbitral, el que por su naturaleza busca pacificar a los contendientes y darles la mayor satisfacción posible. Más adelante el mismo Tribunal (*Laudo 2/2006*, numeral 4.1)

¹⁰⁴ V *infra* Laudo 1/2008 del TPR.

habría de distinguir entre el derecho comunitario europeo “estructurado en base a la judicialidad” del mercosureño basado en el “arbitraje”, lo que hace lucir no coherentes entre sí ambos pronunciamientos del mismo tribunal.

El **LAUDO N° 1/2006**, de 13 de enero de 2006 **LAUDO COMPLEMENTARIO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN QUE RESUELVE EL RECURSO DE ACLARATORIA INTERPUESTO POR LA REPÚBLICA ARGENTINA EN RELACIÓN AL LAUDO ARBITRAL DICTADO POR ESTE ENTE EL 20 DE DICIEMBRE DE 2005 EN LA CONTROVERSIA "PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY"** expresa con relación al traslado corrido por el Tribunal a Brasil y Paraguay de los escritos y presentaciones de la controversia uruguayo-argentina:

1 “XXIX. (...) (L)a confidencialidad no se viola cuando el traslado se realiza a socios plenos en un esquema de integración. Es más, lo único correcto es así hacerlo, colaborando con el modesto desarrollo institucional que tiene nuestro proceso de integración mercosureño, lo cual se nota inclusive específicamente en la normativa existente referente a solución de controversias. La norma 46.1 del Protocolo de Olivos debe interpretarse en perfecta coherencia con la norma 46.2 que habla textualmente de “sectores con intereses en la cuestión” y no se refiere de manera alguna a países socios plenos del MERCOSUR”¹⁰⁵.

Ese mismo párrafo hace referencia a la posición argentina que objetó el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho, lo que el TPR consideró en este pronunciamiento “improcedente”, aclarando:

¹⁰⁵ “Art. 46 PO: Confidencialidad 1. Todos los documentos presentados en el ámbito de los procedimientos previstos en este Protocolo son de carácter reservado a las partes en la controversia, a excepción de los laudos arbitrales. 2. A criterio de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común de cada Estado Parte y cuando ello sea necesario para la elaboración de las posiciones a ser presentadas al Tribunal, dichos documentos podrán ser dados a conocimiento, exclusivamente, a los sectores con intereses en la cuestión (...)”.

1 “XXIX. (...) Si acogiéramos la tesis argentina, tendríamos la incongruencia de que **el Tribunal** sólo puede establecer o determinar algo en ejercicio de su potestad jurisdiccional cuando haya una norma que expresamente le faculte, cuando que lo correcto es precisamente lo contrario: **solamente está impedido de hacer algo cuando existe una norma que expresamente le prohíba hacerlo.** A mayor abundamiento, **la experiencia histórica del derecho de integración y del derecho comunitario, nos demuestra que inclusive la mayor parte de las características fundamentales de tal derecho fueron originariamente elaboraciones jurisprudenciales en razón de la proficua labor institucional realizada por los tribunales en cuestión cumpliendo su responsabilidad histórica e institucional dentro de un proceso de integración”.**

El **LAUDO N° 2/2006**, de 6 de julio de 2006, LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISION CONSTITUIDO EN PLENARIO PARA ENTENDER EN EL RECURSO DE REVISION PRESENTADO POR LA REPUBLICA ARGENTINA CONTRA LA DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DE FECHA 21 DE JUNIO DE 2006, CONSTITUIDO ESTE PARA ENTENDER EN LA CONTROVERSIA PROMOVIDA POR LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY CONTRA LA REPUBLICA ARGENTINA SOBRE: “IMPEDIMENTOS A LA LIBRE CIRCULACION DERIVADO DE LOS CORTES EN TERRITORIO ARGENTINO DE VIAS DE ACCESO A LOS PUENTES INTERNACIONALES GRAL. SAN MARTIN Y GRAL. ARTIGAS”, en el numeral 4, hace una interpretación *a fortiori* del sistema de solución de controversias del MERCOSUR, al hacer presente que ni siquiera en el derecho comunitario europeo que “está estructurado en base a la judicialidad y no al arbitraje”, se admite la recurribilidad de los actos interlocutorios del Tribunal de Primera Instancia. Es decir, el TPR en este laudo ha reconocido que la estructura de la solución de controversias comunitaria europea “puede” más que la arbitral mercosureña.

El **LAUDO N° 1/2007**, de 8 de junio de 2007 del TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN PARA ENTENDER EN LA SOLICITUD DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE

EXCESO EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS COMENSATORIAS-CONTROVERSIAS ENTRE URUGUAY Y ARGENTINA SOBRE PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY, establece con relación al “Marco conceptual”:

“7.1. Primeramente, conviene destacar que el MERCOSUR, a diferencia de la OMC y a semejanza de la UE y de la CA, no se basa pura y exclusivamente en la sola vigencia de derechos, obligaciones, beneficios y ventajas comerciales y económicas entre los EP”.

“7.2. (...) (A) partir de la firma del TA los EP han creado una comunidad de intereses no sólo económicos y comerciales, sino también sociales, culturales, jurídicos y políticos. Ello se comprueba, principalmente, a tenor de la letra y el espíritu del Preámbulo del TA y de su capítulo I “Propósitos, principios e instrumentos”, pero asimismo a partir de considerar el desarrollo normativo del bloque, en el cual es posible encontrar normas sobre salud, justicia, educación, integración social, derechos laborales, medioambiente, aspectos políticos, relaciones internacionales (...), la creación de determinados órganos no comerciales, como el Parlamento del MERCOSUR (...)”.

“8.4.(...) (E)l desacato de una sentencia constituye la más grave ofensa de cuantas pueden ser inferidas al Ordenamiento jurídico comunitario, pues lo resquebraja en su esencia (...)”.

“8.5. (...) (C)uando se desacata una sentencia (...) se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en un hecho que afecta a todos los Países Miembros, así como a los Órganos del Sistema a lesionar el proceso de integración (...)”.

“8.6 (...) (A)plícando la jurisprudencia andina (...) “la gravedad de la infracción (...) proviene del desacato de la sentencia que de por sí constituye un acto de

gravedad extrema”, pero asimismo “de la conducta” del Estado Parte que, en este caso, afecta “uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el proceso de integración” plasmado en el TA y su Anexo I dedicado al Programa de Liberalización Comercial, al impedir la libre circulación de mercaderías reconocida por este Tribunal (...).”

“8.7. (...) (E)l incumplimiento de un laudo del Tribunal, si perdura en el tiempo, llegado el caso, puede tener un efecto contagioso sobre los Estados Partes, con lo cual la potencialidad perjudicial del hecho aumenta considerablemente, pudiendo llegar a comprometer las bases mismas del proceso de integración”.

“10.9 (...) (L)os perjuicios que provoca el desacato de una sentencia del Tribunal no se extienden sólo al Estado que lo sufre, sino que tiene un efecto expansivo sobre todo el proceso de integración, afectando sustancialmente su credibilidad institucional y su consolidación jurídica”.

El **LAUDO N° 1/2008**, de 25 de abril de 2008, **LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN EN EL ASUNTO N°1/2008 “DIVERGENCIA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL LAUDO N°1/05 INICIADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (ART. 30 PROTOCOLO DE OLIVOS)”**, en el párrafo tercero del Punto 2 “De los Antecedentes”, reafirma la **autonomía del derecho de la integración**. Tal percepción de la “autonomía” ha llevado al Tribunal a modificar la percepción consolidada en los laudos de los TAH relativa al rol del Derecho internacional como fuente normativa del MERCOSUR y afirmar que:

“(...) Para la adopción de esa decisión se dejó sentado que en función del principio de autonomía del derecho de la integración, en el proceso de solución de controversias del MERCOSUR la aplicación de los principios y disposiciones del derecho internacional debe ser sólo en forma subsidiaria o complementaria, nunca de manera directa y primera. Tras lo cual se dejó sentado que no existen

dos principios en juego (principio de libre comercio y principio de protección del medio ambiente), sino que existe un solo principio (el libre comercio), al cual pueden anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo la excepción medio-ambiental), y que quien invoca una excepción al libre comercio debe probarla” (p. 4).

Las discrepancias entre la concepción del “derecho mercosureño” entre los TAH y el TPR atenta contra la construcción de una jurisprudencia unitaria, coherente, que responda a los objetivos señalados en el Laudo IX del TAH, el que hacía referencia a “la importancia que en el MERCOSUR tiene la interpretación uniforme de las reglas comunes propias del sistema de integración”, haciendo presente “que la doctrina que emerge de los laudos de los Tribunales Arbitrales puede inspirar la actuación tanto de Tribunales Arbitrales posteriores como de instancias judiciales nacionales”¹⁰⁶.

TPR-Opinión Consultiva

Debe tenerse en cuenta la importancia de la incorporación en el Art. 3 del Protocolo de Olivos de la posibilidad de solicitar Opiniones Consultivas al TPR. Si bien, tal como lo señaláramos con anterioridad, no tienen efecto obligatorio, son los pronunciamientos que más contribuyen al logro de los objetivos del sistema de solución de controversias: “garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundacionales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, en forma consistente y sistemática”¹⁰⁷. Tal como lo resolviera el TPR, la naturaleza de las opiniones consultivas a pesar de no ser vinculantes, guardan las características de la interpretación prejudicial ¹⁰⁸.

¹⁰⁶ V. PEROTTI, A. “El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional”, *DeCITA 3*, Buenos Aires, Zavallía, 2005

¹⁰⁷ Para. 3 de la parte preambular del PO.

¹⁰⁸ V. DREYZIN DE KLOR, A. *La primera Opinión Consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?* (<http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/tcdNP.asp?base=50&id=3516>); REY CARO, E.J. “Reflexiones sobre la jurisdicción consultiva del Tribunal permanente de Revisión del MERCOSUR”, HUMMER, W. (Ed.) MELLADO, N. B. (Coord.) *Cooperación y Conflicto en el MERCOSUR*, MEL Ed., Córdoba, 2007; CZAR DE ZALDUENDO, S. “La competencia consultiva en el MERCOSUR”, *La Ley*, Argentina, 2005-F, 68.

La **OPINIÓN CONSULTIVA N° 1/2007**, de fecha 3 de abril de 2007, del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la petición de Opinión Consultiva presentada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada María Angélica Calvo, en los autos caratulados “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, vía la Excm. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, en el Punto C.1 de la Opinión *Prevalencia de la norma derecho de integración sobre la ley nacional*, dando por sentado que el Derecho mercosureño es derecho comunitario, expresa:

“1-Las tres características básicas del derecho comunitario son: i) su aplicación inmediata, ii) el efecto directo, iii) la prevalencia normativa sobre el derecho interno. (...) En esta oportunidad debemos centrarnos sobre la tercera característica arriba citada. En relación a la misma, resulta evidente que esta causa le da al TPR la oportunidad de una creación pretoriana para insertarla dentro del régimen jurídico comunitario mercosureño, lo cual es perfectamente posible dada nuestra presente normativa en vigencia. (...) (T)al tercera característica es perfectamente insertable dentro de nuestro derecho de integración, con lo cual este TPR cumple su responsabilidad institucional al respecto declarándolo así”.

*“2. Ha sido hasta la fecha un error constante tanto de la jurisprudencia como de la doctrina existente, el solo recurrir al argumento de la prevalencia del tratado sobre la ley para sostener la **prevalencia** o no **del derecho del MERCOSUR sobre el derecho nacional**. Si bien este argumento jurídicamente es correcto, nunca debe convertirse en el argumento principal para el arribo a tal conclusión”.*

“3. El argumento principal debe ser siempre éste: el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales (...). Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no sólo del Derecho de la Integración, sino del proceso de integración en sí mismo”.

En el numeral 6 de este Punto C, el Tribunal recuerda el origen también pretoriano de la prevalencia del derecho comunitario en el sistema europeo (fallos *Flaminio Costa* de 1964, *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970, *Simmenthal* de 1978) y en el andino (*Proceso I-IP-87 [A.Volvo]*), al sostener que “el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista”. Citando expresiones de Perotti, expresa que el “principio de primacía del Derecho del MERCOSUR, se deriva de la naturaleza misma de la norma regional, de su esencia, de su finalidad, y del propio sistema instrumentado a partir del TA”.

Tal como lo señala Perotti, el procedimiento consultivo permite a cualquier juez o tribunal de los Estados Partes, plantear una consulta al Tribunal Permanente de Revisión (Opinión Consultiva) sobre la interpretación o la validez de las normas del MERCOSUR a través de su respectivo tribunal supremo nacional. Al mismo tiempo, desde el punto de vista del derecho de los particulares, las Opiniones Consultivas -tal como sucede en la Comunidad Andina y, más especialmente, en las Comunidades Europeas- están llamadas a transformarse en la verdadera herramienta para que éstos puedan lograr una cabal defensa de sus derechos y, más en general, un ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, en especial cuando se enfrentan a supuestos de incumplimiento del Derecho del MERCOSUR por los propios Estados Partes. Cuando el Estado que infringe el derecho regional es su propio Estado; en este caso, la única “salida” que tiene dicho particular es acceder al sistema de solución de controversias del MERCOSUR, mediante su juez nacional, a partir del requerimiento de una Opinión Consultiva al TPR¹⁰⁹.

La Opinión Consultiva bajo el subtítulo “D. Prevalencia de la norma de derecho de integración sobre el derecho internacional público y privado” expresa que *“el derecho de la*

¹⁰⁹ Cf. PEROTTI, A.D. *¿Qué está pasando en el ‘otro’ MERCOSUR?: Hoy, las Opiniones Consultivas*, 29/11/2007 (<http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1349&IdSeccion=14>).

integración (...aunque no fuera aún derecho comunitario pleno) debe prevalecer sobre el derecho internacional público y privado". En consecuencia -si bien, con débil fundamento científico-, en el punto siguiente, establece la prevalencia de la norma de derecho de integración por sobre el orden público nacional e internacional¹¹⁰.

Esta OC, en manifestación del activismo integracionista señalado, que ha preocupado a los Estados Partes, ha resuelto que "*las normas del MS internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes*"¹¹¹ y *son de aplicabilidad directa*. Ha declarado la inaplicabilidad del Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas del TPR (Art. 1, 6 y 11) en relación a los órganos del MERCOSUR por su manifiesta inconformidad con el derecho originario del MS. Además, ha dispuesto la notificación al CMC, al GMC y a la SM por el pronunciamiento de inconformidad y ha efectuado recomendaciones al CMC (revisión de la Dec. 02/07 y Res. 02/07)¹¹².

Es apreciable la observación efectuada por Dreyzin de Klor al señalar que los fundamentos en que se basó la OC 1/2007 derivan de opiniones individuales y aisladas, arrojando como resultado verdaderas propuestas autónomas de decisión y no una respuesta que en términos argumentativos pueda catalogarse como fruto de una motivación mayoritaria, lesionando de esa manera la autoridad del pronunciamiento¹¹³.

IV.- REFLEXIONES FINALES.

A través de lo señalado precedentemente se puede observar una constante e intensiva interpretación *pro integratione* por parte de los tribunales arbitrales del MERCOSUR. Esa tendencia es ininterrompida en los sucesivos fallos de los TAH y,

¹¹⁰ Además, el Tribunal entiende en la OC que el Reglamento del Procedimiento para OC del TPR (Decisión del CMC N° 02/07) no sólo no es aplicable a la situación por razones de no retroactividad sino por inconformidad con el derecho originario del MERCOSUR.

¹¹¹ OC 1/2007, p. 27.

¹¹² OC 1/2007, p. 27-28.

¹¹³ DREYZIN DE KLOR, A. *La primera Opinión Consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?* (<http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/tcdNP.asp?base=50&id=3516>). V. asimismo, PUCEIRO RIPOLL, "Fuegos fatuos en Villa Rosalba: Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2006 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr28.pdf>).

generalmente, sustentada en los precedentes jurisprudenciales mercosureños, a pesar de la condición *ad hoc* de los órganos del sistema. La tendencia se vuelve más intensa y voluntarista en el TPR (parcialmente, en contradicción con pronunciamientos de los TAH).

No debe olvidarse que el arbitraje, de conformidad al modelo MERCOSUR, responde más bien a un sistema “power oriented” que uno “rule oriented”, en tanto la *negociación* sigue siendo un punto de partida ineludible del modelo de solución de controversias elegido. Ello se ha dado así tanto en el PB como en el PO en todas sus opciones.

Si bien, la creación del TPR, con sus competencias, implica “mayor judicialización” del sistema arbitral de solución de controversias del MERCOSUR, permitiendo una mejor construcción jurídica, no puede confundirse con un sistema judicial permanente como institución orgánica del sistema (aspecto no siempre observado por el TPR)¹¹⁴.

El sistema del MERCOSUR no ha alcanzado aún el perfil europeo y andino, en el que se observa la clásica división de poderes: decisorio-legislativo, técnico-operativo y de control-jurisdiccional¹¹⁵. El TPR no es un órgano jurisdiccional instituido para asegurar el respeto al derecho en la aplicación de interpretación del ordenamiento jurídico de la sub región, de conformidad al contenido dispositivo de los instrumentos jurídicos vigentes. No deben olvidarse las reglas de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de conformidad a las cuales, los “términos” del tratado se interpretan de conformidad a su objeto y fin, teniendo la parte preambular un rol importante a la hora de *determinar el alcance y significado de los textos dispositivos*. Sin embargo son instrumentos de “interpretación”, sin contenido normativo, ni capacidad derogatoria ni creadora de derecho.

El objeto y fin de un conjunto normativo, expresado de modo preambular, por rico que sea en su enunciación, no puede mover la rueda de una parte dispositiva débil, menos

¹¹⁴ Mientras el sistema europeo encomienda a sus tribunales “garantizar” el “respeto del derecho” en la interpretación y aplicación del TCE (Art. 220), el mercosureño encarga a sus tribunales “decidir” “la controversia” en base a determinadas fuentes normativas (Art. 34 PO).

¹¹⁵ V. LAVOPA, J. H. *La dimensión jurídica de la integración* (<http://www.cari.org.ar/pdf/dimension.pdf>).

aún suplir las falencias de la voluntad política disgregada y errática de los EP del MERCOSUR. Sin embargo, paso a paso, y a pesar de la avaricia de los EP para delegar competencias, los Tribunales del MERCOSUR han ido afirmando un significativo aporte a la construcción jurídica del sistema.

La labor del TPR ha sido observada por su voluntarismo y activismo *pro integracione*, el que ha buscado impulsar el proceso desde el TPR tensando las relaciones entre Tribunal y gobiernos del sistema mercosureño, crispando a las cancillerías, causando una crisis institucional por la contraposición entre la proyección integracionista de los árbitros del TPR, juntamente con su Secretaría y la voluntad política de los Estados Partes¹¹⁶. La posición de intenso integracionismo del TPR podría ser tildada de “prematurismo” unilateral¹¹⁷, en tanto el sistema de solución de controversias carece de la fortaleza y rol institucional de otros tribunales de procesos de integración. Bien ha señalado FERNÁNDEZ DE BRIX que “(...) existe un claro consenso en la doctrina especializada en el sentido de que el avance económico y comercial del bloque no ha sido acompañado, paralelamente, por un aumento proporcional de la densidad institucional”¹¹⁸.

Probablemente no sea éste el mejor momento para pretender avanzar sobre la profundización del sistema de solución de controversias atento a que el MERCOSUR tiene una crisis de confianza a raíz del conflicto argentino-uruguayo por las pasteras; una crisis de identidad al tener desdoblados los proyectos político institucionales a nivel Estado

¹¹⁶ Tras una serie de pronunciamientos del TPR caracterizados por un integracionismo profundizado, en cierta medida *extra legem*, Wilfrido Fernández, árbitro del Tribunal Permanente de Revisión de controversias del MERCOSUR, en octubre de 2007, renunció a su cargo molesto, con los Gobiernos de los Estados Partes por su falta de “voluntad política” para llegar a la integración regional. El árbitro paraguayo expresó: “Dentro del MERCOSUR no existe ninguna voluntad política de construir un bloque de integración en serio y no existe ninguna voluntad política ni diplomática de construir una institucionalidad en serio, que es la base de todo”. Entendió que el MERCOSUR “involuciona”, inclusive, comparado con Asia o África. No sólo por el tratamiento dado al TPR (falta *i.a.* de presupuesto, infraestructura; desconocimiento de la convocatoria y selección en concurso del Secretario del Tribunal), sino por el entorpecimiento de las labores de la prometedor Secretaría Técnica, al suspender incluso los estudios semestrales de funcionamiento. (V. *Renuncia árbitro paraguayo a Tribunal del MERCOSUR*, 17 de octubre de 2007 (http://www.azcentral.com/lavoz/spanish/latin-america/articles/latin-america_204116.html)).

¹¹⁷ OPERTTI BADÁN, D. *Del sistema de solución de controversias a la justicia supranacional*, Asunción, 1998, p. 49.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ DE BRIX, W., *El Tribunal Permanente de Revisión (...), Op. Cit.*

(Argentina-Paraguay; Uruguay Brasil¹¹⁹) y al adscribir su pertenencia a un sistema internacional atípico -como UNASUR (aún no en vigor)- que busca la convergencia de varios procesos de integración a más de algunos Estados del área geográfica, sin guardar el perfil integrativo originario de esos procesos y suponiendo la subsunción de esos procesos en el politizado nuevo proyecto de la UNASUR.

En resumen, tal como se halla el proceso de integración del MERCOSUR -oscilante entre la prevalencia de una integración democrática de corte liberal y una socialista popular- una estructura arbitral como es con la que cuenta (por mucho que desee imponer un pulso integracionista al modelo regional) resulta insuficiente para generar confianza entre los EP, menos aún para desplegar las virtualidades que el preámbulo del PO le abre: “garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MS en forma consistente y sistemática”.

Resulta difícil que el sistema de solución de controversias pueda asegurar el respeto del Estado de Derecho en el MERCOSUR, si el TPR (cúspide del sistema) con intensa vocación *pro integratone* sigue atado en aspectos sustanciales a la lógica de la intergubernamentalidad, vg.: derecho a objetar el árbitro propuesto por un Estado con prevalencia de la objeción; conformación del Tribunal con tres árbitros para la revisión de los laudos en controversias entre dos Estados; falta de un tercer árbitro realmente independiente y ajeno a los intereses del MERCOSUR; falta de autonomía presupuestaria; presupuesto insuficiente¹²⁰; no permanencia funcional de los árbitros-jueces; duración breve de los mandatos de los árbitros¹²¹, limitaciones para los tribunales nacionales para solicitar

¹¹⁹ El ingreso de Venezuela como EP y la eventual admisión de Bolivia y Ecuador -quienes solicitaron formalmente su incorporación como socios plenos del sistema- inclinarían la balanza hacia una visión político-estratégica de la integración de corte socialista, basada en el endodesarrollo subregional.

¹²⁰ El Fondo Especial para Controversias destinado a cubrir los honorarios, gastos de traslado y viáticos de los integrantes de los tribunales del MS está integrado por un aporte de 50.000 US\$ por cada EP (200.000 US\$ en total). La suma es exigua si se tiene en cuenta que -si bien con funciones diferentes y más intensivas- la Corte Centroamericana de Justicia tiene un presupuesto anual de 1.560.000 US\$ y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina uno de 1.580.000 US\$. V. PEROTTI, A. *Tribunal Permanente de Revisión (...), Op. Cit.*, pp. 49-51. V. asimismo, Resolución GMC N° 27/08 sobre *Presupuesto de la Secretaría del TPR para el período julio a diciembre de 2008*.

¹²¹ Tal como lo señaláramos los árbitros del TPR duran en sus funciones 2 años renovables por dos períodos consecutivos (3 años no renovables salvo acuerdo en contrario, el quinto árbitro) mientras que en la CCJ hasta 2005 los jueces duraban 10 años en sus cargos con posibilidad de reelección (a partir de esa fecha duran 6

opinión consultiva; necesidad de unanimidad de los EP para solicitar opinión consultiva; opiniones consultivas no vinculantes; opción de foro, etc.¹²²⁻¹²³. Es de observar que esas circunstancias no son coherentes con el objeto y fin del PO, el que busca asegurar el respeto del Estado de Derecho, lo que excede el rol de los tribunales arbitrales tal como están diseñados.

El MERCOSUR es aún un proyecto “abierto”, que evoluciona sin definir un sistema institucional definitivo, por lo que, consecuentemente, su sistema de solución de controversias sigue dominado por una transitoriedad extendida en el tiempo. Ello es parte de sus peculiaridades, su flexibilidad, su adaptabilidad, su capacidad de maniobra en las tempestades y tensiones de los distintos momentos históricos¹²⁴.

Al presente, no hay voluntad política para la constitución de un tribunal supranacional que permita interpretaciones uniformes desde un órgano permanente dotado de competencia al efecto. Atento a que Brasil -el más poderoso de los EP del sistema- es férreo y constante opositor a la creación de una institución de ese tipo, vuelve impensable al menos a corto plazo, pensar en esa opción.

La Decisión del CMC N° 56/07 sobre *Reforma Institucional*, de 17 de diciembre de 2007 dispuso la continuación, hasta el 30 de junio de 2009, de los trabajos tendentes a elaborar una propuesta integral de reforma institucional del MERCOSUR en el ámbito del *Grupo Ad Hoc de Alto Nivel para la Reforma Institucional del MERCOSUR (GANRI)*, La Decisión reiteró el plazo dispuesto en la Dec. 17/07 (hasta junio de 2008) *i.a.* para que años, siendo reelegibles y en el TJCA los jueces tienen una duración de 6 años, siendo reelegibles por una vez.

¹²² A ello se agrega la presencia de importantes vacíos normativos. Entre ellos, la carencia de una acción de nulidad que garantice la compatibilidad del derecho derivado con el primario, como también, la falta de control de legalidad de los acuerdos internacionales que concierne el MERCOSUR con terceros Estados.

¹²³ Incluso, el TPR ha encontrado dificultades para la aprobación de sus propias reglas de procedimiento (Art. 51 PO). El 7 de septiembre de 2004 el TPR adoptó esas reglas y se las remitió al CMC, quien las aprobó recién en diciembre de 2005 (Dec. 30/05).

¹²⁴ V. GRAJALES, A. A. “Tribunal de Justicia en el MERCOSUR. Un debate pendiente sobre lo institucional”, *Revista de Derecho del MERCOSUR*, Año 3, N° 2, abril de 1999; MARTÍNEZ PUÑAL, A. “La Solución de controversias en el Mercado Común del Sur: Ante un modelo abierto y dinámico”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. X (2000); PÉREZ OTERMÍN, J. *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Institucionales*, Editorial Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1995; REY CARO, E. J. “Reforzamiento Institucional del MERCOSUR: El Tribunal Permanente de Revisión”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2004.

elevara las propuestas de perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y fortalecimiento de sus órganos institucionales relativos a una propuesta de ajustes al Protocolo de Olivos.

El arbitraje institucionalizado, de oficio, integral, tal como está diseñado, dado el momento por el que transita el MERCOSUR, resulta adecuado a su realidad. Debe tenerse presente que los procedimientos arbitrales son más ágiles, maleables, de menor requerimiento procesal, de menor costo, de mayor confidencialidad, de mayor proximidad a las pretensiones de las partes que los judiciales, de mayor flexibilidad frente a los avatares del proceso. El derecho de los laudos arbitrales es más fluctuante que la de los tribunales y la ejecución de los laudos descansa en la buena fe, no siendo éstos directamente ejecutivos. Sin embargo, la elección de los Estados del modo de solución jurisdicción por la que se deciden (como conjunto), es sin duda alguna, indicio de la satisfacción y garantía que encuentran en ella¹²⁵. Toda ponderación doctrinaria y propuesta “de máxima” resulta palabra vana a la hora de confrontar con la realidad manifiesta de los EP en un momento dado de un proceso de integración y su sistema.

¹²⁵ V. LÓPEZ MARTÍN, A. G. “Judicialización y sectorialización del derecho internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XI (2001-2002), pp. 145 y ss.

