

Welber Barral y Nicolás M. Perrone***

EL PROTOCOLO DE OLIVOS Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

SUMARIO: I. Introducción. II. El estado actual del Mercosur. III. “Institucionalistas” versus “pragmáticos”. IV. Características del sistema de solución de controversias. V. Las innovaciones del Protocolo de Olivos. VI. Asignaturas pendientes. VII. Conclusiones.

I. Introducción

El 18 de febrero de 2002, los presidentes de los Estados Partes del Mercosur, reunidos en la residencia presidencial argentina en Olivos, firmaron el Protocolo de Solución de Controversias en el Mercosur, que deroga expresamente el sistema anterior, previsto en el Protocolo de Brasilia.

El Protocolo de Olivos no introduce alteraciones significativas en el sistema anteriormente adoptado. Varias de sus características básicas se mantienen: a) la resolución de las controversias sigue operando a través de una etapa de negociación y, eventualmente, un proceso arbitral, sin que exista una instancia judicial supranacional; b) los particulares continúan dependiendo de los gobiernos nacionales para presentar demandas; y c) el sistema mantiene su carácter provisorio, y deberá ser nuevamente modificado cuando finalice el proceso de convergencia del arancel externo común.

El mantenimiento de estas características no se condice con las expectativas del ambiente académico, que propugna, desde hace varios años, la instauración de una instancia supranacional como una de las condiciones para la evolución del Mercosur. Esta posición es

* Profesor de Derecho Internacional Económico (UFSC), consultor (BCA Consulting).

** Investigador asistente del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Economía (CEIDIE). Docente de Derecho de los Negocios Internacionales (UBA).

constantemente rechazada por los representantes de los Estados miembros, que utilizan argumentos pragmáticos para la no instalación de un tribunal permanente.

El presente artículo aborda el estado actual del sistema de solución de controversias en el Mercosur, a partir de estas dos visiones contrastantes sobre la estructura y las perspectivas para el bloque regional. Al final, este trabajo pretende demostrar que el Protocolo de Olivos, como la solución de compromiso que significó, puede permitir cierto avance del proceso de integración regional, aún cuando todavía dista del ideal de creación de un derecho comunitario incipiente en el Mercosur.

Para ello: a) la sección siguiente trata la evolución reciente del Mercosur; b) luego, se elabora una revisión de la polémica entre *institucionalistas* y *pragmáticos*; c) a continuación se presenta el sistema actual de solución de controversias en el Mercosur; d) seguidamente, se identifican las principales innovaciones traídas por el Protocolo de Olivos; y e) finalmente se examinan las cuestiones procesales todavía no resueltas en el sistema. La conclusión está dedicada a realizar un análisis general del sistema.

II. El estado actual del Mercosur

Mencionar las tentativas de integración en América Latina probablemente llevaría al investigador al período inmediatamente posterior a la independencia de las colonias españolas. Más concretamente, los orígenes de Mercosur pueden ser encontrados en la aproximación entre Argentina y Brasil, luego de la consolidación democrática en ambos países y del estancamiento de la ALALC y la ALADI.¹

Aún así, el Tratado de Asunción (TA), documento constitutivo de Mercosur, hoy en día parece un documento programático, más que una descripción de la realidad que se pretende construir en el corto plazo. Ciertamente, parece increíble leer que, en 1991, los Estados Partes

¹ Para una aproximación histórica del Mercosur, véase ALMEIDA, Paulo Roberto de, Mercosul: fundamentos e perspectivas. São Paulo: LTr, 1998.

pretendían, en el exiguo lapso de cuatro años, *constituir un Mercado Común*, que implicaría *libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, un arancel externo común, una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, y el compromiso de armonizar sus legislaciones.*²

Estos objetivos ambiciosos se mostraron irrealizables, por motivos comunes en la historia reciente de los Estados Partes: inestabilidad política y crisis macroeconómicas cíclicas, falta de coordinación con institucionales locales, procesos engorrosos para ratificación e incorporación de normas supranacionales Mercosur, prioridades políticas internas, escaso tiempo para coordinar esfuerzos de los representantes de cada gobierno, posición de la sociedad civil, etcétera.

En 1994, la imposibilidad de constituir un mercado común desencadenó la firma del Protocolo de Ouro Preto (POP), y el reconocimiento de la necesidad de implementar una unión aduanera antes de consolidar el mercado común. Desde entonces, la actividad normativa del Mercosur se ha dedicado a eliminar el carácter imperfecto todavía existente en esa unión aduanera.

Por otro lado, el impulso inicial del Mercosur, materializado en el aumento creciente del comercio intra-bloque entre 1991-1998, se moderó en los últimos años. Una de las explicaciones para este descenso fue la desvalorización del real brasileño luego de 1998, que generó déficits constantes en la balanza comercial argentina y precipitó el fin de la paridad cambiaria que era pieza fundamental del plan económico de ese país, con la consecuente crisis financiera que se propagó por toda la región.

Los hechos siguientes poco contribuyeron para alguna evolución del Mercosur. En el plano político interno, la crítica argentina a la *Brasil-dependencia* justificó medidas de protección a la industria nacional, que generaron conflictos entre los socios, siendo inclusive alguno de ellos llevado al sistema de solución de controversias. En el plano externo, el proceso negociador del ALCA y los acuerdos con la Unión Europea no

² TA, artículo 1°.

fueron suficientes para armonizar los posicionamientos externos del los Estados Partes del Mercosur.

Esta interrupción en la evolución del Mercosur provocó, en el año 2000, la *agenda de relanzamiento del Mercosur*, con algunas medidas jurídicas dirigidas a asegurar mayor estabilidad en el bloque, al mismo tiempo en que los presidentes reiteraron su compromiso político con la integración regional.

Para fines del año 2006, este proceso de integración regional enfrenta un contexto de cambios en el panorama internacional, al mismo tiempo que se han producido novedades en el ámbito intrabloque.

A nivel hemisférico, existe una importante presión de los EE.UU., dejada de lado la opción del ALCA, para que los países latinoamericanos suscriban Tratados de Libre Comercio (TLCs), asunto que generó ciertos roces entre los socios menores del Mercosur y el resto de los Estados Partes. Esta posibilidad, que implicaría el fin del arancel externo común, coloca al bloque en una seria disyuntiva.

Por otro lado, la novedad principal es sin duda la incorporación de Venezuela como miembro pleno del Mercosur, luego del desmembramiento de la Comunidad Andina de Naciones, que fue decidida por el Consejo del Mercado Común el 8 de diciembre de 2005, pero cuya formalización tardará de seis meses a un año. Además, también merece destacarse la implementación en el ámbito regional de una *cláusula de adaptación competitiva* para proteger a las industrias que sufren por las importaciones de otro Estado Parte. Se trata, en concreto, de la reinstauración de las salvaguardias en el Mercosur, que habían sido eliminadas por operatividad del Tratado de Asunción.³

En este escenario, la reforma llevada a cabo del sistema de solución de controversias,⁴ que permitió el *incremento de la juridicidad* y la solución de problemas procesales surgidos en la práctica de los casos

³ TA, artículo 3°.

⁴ CMC/Dec 25/2000.

juzgados bajo el Protocolo de Brasilia, puede resultar fundamental para el Mercosur y su futuro cercano.

Esta reforma profundizó el debate, bastante activo en el medio académico, sobre una estructura estable y al mismo tiempo eficiente para la solución de controversias en el Mercosur. Este debate se presenta a continuación.

III. “Institucionalistas” versus “pragmáticos”

Desde su inicio, el Mercosur se enfrentó con el debate sobre la estructura deseable para el sistema de solución de controversias. La aspiración inicial era establecer sistema permanente, que debería ser adoptado al final del período de transición para la creación del mercado común.⁵

Durante ese período, sería aplicable el Protocolo de Brasilia (PB),⁶ que sólo estaría vigente hasta que entrase en vigor el sistema permanente de solución de controversias.⁷

Puede sostenerse que, luego de 1991, el carácter transitorio del PB fue ganando aires de creciente perpetuidad. En primer lugar, porque la inexistencia de litigios sometidos al sistema de solución de controversias reforzaba la posición de los que veían, en un eventual sistema permanente, un dispendio innecesario de recursos para países en desarrollo. En segundo lugar, por la oposición brasileña a la instalación de un sistema permanente.

Finalmente, gracias a las soluciones exitosas alcanzadas en las primeras controversias surgidas, mediante negociación directa entre las partes, los representantes de los Estados Partes terminaron elogiando el carácter flexible del sistema. Desde esta perspectiva, la elasticidad del sistema sería fundamental en momentos de crisis, ya que permitiría alternativas menos formales para las negociaciones.

Las motivaciones mencionadas merecen algunos comentarios, y deben ser analizadas en el contexto histórico de 1991-1998. La oposición

⁵ TA, Anexo III, par. 3.

⁶ Decisión CMC 1/91.

⁷ PB, artículo 34.

brasileña puede ser comprendida por la postura de algunos de sus negociadores, que juzgaban inadmisibles la igualdad formal que sería implantada por un sistema permanente, que contrasta con las diferencias económicas materiales entre los Estados Partes del Mercosur. Por otro lado, actores relevantes de la política interna brasileña, como miembros del Supremo Tribunal Federal, sostuvieron la eventual inconstitucionalidad de un tribunal permanente en el Mercosur. Al mismo tiempo, las indefiniciones en lo que se refiere a la consolidación de una unión aduanera hacían que el gobierno brasileño temiera adoptar compromisos definitivos, que generasen obstáculos a las demás negociaciones multilaterales en las cuales el país también tenía interés.

La supuesta ventaja del carácter flexible del sistema, y su capacidad de resolver controversias con menores secuelas, también puede ser cuestionada. Los compromisos acordados, a veces, desconocieron la previsión jurídica, y sirvieron apenas como una solución provisoria para contiendas interminables. Ejemplos en este sentido pueden ser encontrados en los sectores automotriz y azucarero, que constituyen las excepciones a las reglas de liberalización del Mercosur, y son objeto de permanente negociación entre Argentina y Brasil. Por otro lado, la crítica académica siempre manifestó que la ausencia de una estructura permanente era la causa de la falta de litigios, y no al contrario.

Obsérvese que esta última postura nunca pudo ser objeto de comprobación empírica. La literatura sobre la materia se restringe a resaltar el relevante valor que el Tribunal de Justicia tuvo para la consolidación de las Comunidades Europeas. En ese sentido, se destaca el papel estabilizador que brinda un tribunal permanente: armonización interpretativa, garantía del efecto directo de las normas en los planos internos, seguridad de una vinculación más efectiva de los Estados y el proceso de integración, etcétera.

Estos argumentos aglutinan a casi la totalidad de los académicos que se dedican al asunto. En la postura opuesta, los representantes de los gobiernos se aferran a argumentos pragmáticos, todavía presentes: costo de

mantenimiento de un tribunal permanente, necesidad de alteración de la estructura jurídica institucional de los Estados Partes, número aún reducido de casos, imposibilidad material de recibir reclamos de particulares, además de la estructura jurídica de los poderes judiciales nacionales.

En este debate teórico, dos factores, muchas veces olvidados, deberían recibir mayor consideración. Primero, cualquier comparación con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea debe ser minimizada, en razón de las diferencias substanciales en la historia y los objetivos de la integración regional. Al final, cuando las particularidades del Mercosur son consideradas (el diferente peso económico entre los Estados, el carácter reciente del proceso, el compromiso político todavía no consolidado y la inestabilidad político - económica), se descubre una realidad muy distinta de la enfrentada por las Comunidades Europeas, incluso en sus primeros años. En este sentido, las ansias por un tribunal judicial, presentes en obras de doctrina, deberían sopesar también los factores económicos, sociales y políticos que caracterizan al Mercosur.

En términos políticos, la adopción de un tribunal supranacional contraria también el centralismo presidencial que impregna la política externa de los ya cinco países del Mercosur. Conforme notó un observador extranjero, la democracia por delegación de los países del Cono Sur implica una fuerte concentración de poder en las manos de los Poderes Ejecutivos.⁸ Esta realidad fundamenta la crítica referida al *déficit democrático del Mercosur*, pero también permite agilidad en el proceso decisorio, dando dinamismo a temas que generalmente reposan largamente en los congresos nacionales.

De esta forma, un análisis socio-político presenta un cuadro desalentador para la creación, en el futuro próximo, de un tribunal supranacional en el Mercosur.

Sin perjuicio de ello, desde la perspectiva jurídica, una vez que se consolide el proceso de integración regional, la solución arbitral presentará

⁸ LOPEZ, David (1997). Dispute resolution under MERCOSUR from 1991 to 1996. NAFTA Law and Business Review of the Americas, v. III, n. 2, Spring 1997, p. 3-32.

limitaciones para resolver conflictos más complejos que estén relacionados con los intereses de los particulares o con la aplicación uniforme de las reglas jurídicas creadas por el Mercosur.

En el primer caso, un tribunal que permita el acceso de los particulares afectados por medidas proteccionistas de otro Estado Parte garantizará mayor continuidad a la liberalización del comercio regional. En la estructura actual del Mercosur, estas reclamaciones siguen la vía clásica de la protección diplomática, y dependen de la actuación discrecional del Estado del cual el particular es nacional. La experiencia de otros procesos de integración demuestra que los particulares pueden tener participación activa en la liberalización del comercio regional, por medio de reclamaciones originadas en la defensa de sus intereses. Un ejemplo interesante en este sentido es el del NAFTA, cuyo capítulo 19 permite la reclamación directa de los particulares, lo que aseguró la reducción de las medidas de defensa comercial en el ámbito de aquella zona de libre comercio.⁹

La segunda ventaja jurídica de un tribunal supranacional se refiere a la aplicación armónica de las normas de integración regional. En el caso europeo, esto es posible gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y al mecanismo de la cuestión prejudicial, que permite que su interpretación alcance, incluso, los litigios en curso ante los jueces nacionales. Frente a la ausencia de un tribunal permanente, existe el riesgo de interpretaciones divergentes de la norma regional por parte de cada uno de los tribunales ad hoc. De la misma forma, las normas que tienen aplicación en el plano interno pueden ser interpretadas en forma diferente por las autoridades administrativas y judiciales de los Estados Partes.

Para resumir esta sección, es posible identificar argumentos válidos tanto entre los *institucionalistas* como entre los *pragmáticos* respecto del Mercosur. La materialización de esos argumentos depende de la

⁹ En este sentido, está demostrado como la gran mayoría de las reclamaciones por el Capítulo 19 del NAFTA (88,7 %) se fundaron en demandas de particulares Cf. BARRAL, Welber (1998). Solução de controvérsias no NAFTA. En: MERCADANTE, Araminta, MAGALHÃES, José Carlos de. Solução e prevenção de litígios internacionais. São Paulo: Necin/Capes. p. 241-264.

correlación entre una realidad socio -política y un deseo jurídico. Conforme se argumentará luego, el Protocolo de Olivos fue, en ausencia de esta correlación, la solución de compromiso que se pudo alcanzar en aquel momento del Mercosur. Tanto es así que este Protocolo repitió la previsión respecto de su carácter transitorio. En consecuencia, reforzó la idea originaria del Tratado de Asunción de que un Sistema Permanente será adoptado un día, pero condicionando su consecución a lograr primero la convergencia del arancel externo común.¹⁰

IV. Características del sistema de solución de controversias

Una vez aclarado el momento histórico en que se encuentra el Mercosur, corresponde introducir las características generales de su sistema de solución de controversias, consolidadas a partir del Protocolo de Olivos.

En el ámbito del bloque, son sometidas a este mecanismo todas las controversias entre los Estados Partes, relacionadas con *la interpretación, aplicación o el no cumplimiento* de las normas del Mercosur.¹¹

El sistema prevé las siguientes fases: a) negociaciones directas entre los Estados Partes; b) intervención del Grupo Mercado Común, no es obligatoria y depende de la solicitud de un Estado Parte; c) arbitraje ad hoc, por tres árbitros; d) recurso, no obligatorio, ante un Tribunal Permanente de Revisión; e) recurso de aclaración, dirigido a dilucidar algún punto oscuro del laudo; f) cumplimiento del laudo por el Estado condenado; g) revisión del cumplimiento, a pedido del Estado beneficiado; h) adopción de medidas compensatorias por el Estado beneficiado, en caso de no cumplimiento del laudo; i) recurso, interpuesto por el Estado condenado, respecto de las medidas compensatorias aplicadas.

De lo explicado, se puede observar que este procedimiento está inspirado en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la

¹⁰ PO, artículo 53.

¹¹ PO, artículo 1. Son normas del Mercosur las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

Organización Mundial del Comercio (ESD/OMC). En igual sentido, el Protocolo de Olivos también estableció plazos estrictos para cada una de sus fases, en su mayoría inferior a un mes, conforme se desprende del cuadro debajo. Esos plazos son perentorios, y deben ser contados a partir del día siguiente del acto al que refieren, a no ser que haya otra decisión del tribunal respectivo.¹²

- Negociaciones Directas (15 días)
- Intervención del GMC (30 días)

- Arbitraje ad hoc
 - Designación de árbitros nacionales (15 días) o designación por la SAM (2 días)
 - Designación del árbitro presidente (15 días)
 - Aceptación del árbitro presidente (3 días)
 - Laudo arbitral (60 + 30 días)
 - Recurso de aclaración (15 días)

- Medidas provisionales
- Recurso de revisión
 - Recurso por los Estados involucrados (15 días)
 - Designación del presidente (1 día)
 - Contestación del recurso (15 días)
 - Pronunciamiento del TPR (30 + 15 días)
 - Recurso de aclaración (15 días)

- Cumplimiento del laudo
 - Comunicación de la forma de cumplimiento por el Estado condenado (15 días)
 - Plazo de cumplimiento (30 días)
 - Recurso respecto de la forma de cumplimiento (30 días)

¹² PO, artículo 11.

- Decisión del tribunal respectivo (30 días)
- Medidas compensatorias
 - Comunicación del Estado afectado (anticipación mínima de 15 días anteriores a la aplicación de la medida)
 - Recurso respecto de las medidas compensatorias (15 días)
 - Decisión del tribunal respectivo (30 días)
 - Cumplimiento de la decisión de adecuación de las medidas compensatorias (10 días)

Además del procedimiento, otra cuestión a observar es la composición del tribunal. En el caso del tribunal ad hoc, será compuesto por tres árbitros, siendo dos nacionales de los Estados involucrados en la controversia, escogidos de una lista de 48 nombres (de los cuales cada Estado Parte incluye 12).¹³ La lista de árbitros deberá incluir, también, sujetos que actuarán como tercer árbitro, que podrán ser nacionales de Estados que no sean partes del Mercosur. Actualmente, la lista de árbitros está compuesta fundamentalmente por juristas y profesores de Derecho Internacional. En cuanto a la lista de terceros árbitros, contiene inclusive juristas europeos y norteamericanos.¹⁴

Con relación al Tribunal Permanente de Revisión, está compuesto por cinco árbitros, incluido un nacional de cada Estado Parte, y tienen un mandato de dos años.¹⁵ De la misma forma que en el ESD/OMC, los árbitros actúan en grupos de tres para revisar los laudos de los tribunales ad hoc, quienes pueden confirmar, modificar o revocar la decisión. Entretanto, el recurso está limitado a cuestiones de derecho examinadas por el tribunal ad hoc.¹⁶

¹³ PO, artículo 11.

¹⁴ La lista actual de árbitros del Mercosur está disponible en www.mercosur.org.uy.

¹⁵ PO, artículo 18. El quinto árbitro, nacional de un Estado Parte, tiene un mandato de tres años, y es escogido por acuerdo o por sorteo realizado en la SAM.

¹⁶ PO, artículo 17.

V. Las innovaciones del Protocolo de Olivos

La creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) fue la gran innovación incorporada por el Protocolo de Olivos, en comparación con el procedimiento adoptado por el Protocolo de Brasilia. Esta novedad pretende, claramente, otorgar mayor coherencia a las decisiones adoptadas por los tribunales ad hoc, que, vale destacar, han arribado a interpretaciones divergentes en varios casos que les fueron sometidos a su estudio. De la misma forma, aunque se afirma que la decisión del TPR tendrá efecto de cosa juzgada *con relación a las partes*,¹⁷ sin adoptar carácter vinculante para las decisiones futuras, es previsible que la jurisprudencia del TPR se vuelva un elemento a ser considerado por los tribunales ad hoc posteriores, tal como ocurre con las decisiones del Órgano de Apelación de la OMC.

Por otro lado, se habilita a los Estados involucrados en una controversia a someterla directamente al TPR, eliminando la etapa previa del tribunal ad hoc.¹⁸ Es difícil prever si esta norma se aplicará en muchos casos. Su utilización dependerá, obviamente, de la inexistencia de un interés de las partes por prolongar una decisión que pudiera serles desfavorable.

Además de la creación del TPR, el Protocolo de Olivos incorpora, también, algunas aclaraciones en cuanto a ciertas cuestiones procedimentales. En este sentido, ahora se exige que el objeto de la controversia sea determinado por los escritos de presentación y respuesta presentadas ante el tribunal ad hoc. Incluso, se establece que los argumentos deben haber sido introducidos en las etapas previas.¹⁹

Este texto también se inspira en normas del ESD/OMC y consagra una regla procesal que, por cierto, es bastante debatida, dado que el objeto de la controversia no puede ser ampliado posteriormente, por lo que se restringe la competencia del tribunal ad hoc a lo que fue claramente

¹⁷ PO, artículo 23.2.

¹⁸ PO, artículo 23.

¹⁹ PO, artículo 14.

delimitado en las alegaciones de las partes. Incluso (si el TPR adopta la misma interpretación del Órgano de Apelación de la OMC), el objeto debe haber sido considerado desde la fase de las negociaciones directas. Esta interpretación, si bien ofrece más seguridades a los Estados involucrados, también enfatiza la relevancia de las cuestiones procesales y de la documentación que sea presentada desde el inicio de la controversia.

Otro ítem aclarado por el Protocolo de Olivos es el de la competencia del tribunal ad hoc, una vez constituido, para dictar medidas dirigidas a impedir daños graves e irreparables.²⁰ Estas medidas provisionales serán confirmadas o dejadas sin efecto por el TPR, en su primera reunión subsiguiente.²¹

En términos de principios procesales, aplicables al procedimiento, el Protocolo de Olivos reafirmó los principios típicos de los procesos arbitrales. De esta forma, el Protocolo incluye una *cláusula compromisoria general*, eliminando la necesidad de un compromiso futuro para que se reconozca la jurisdicción de los tribunales ad hoc y del TPR en cada controversia concreta.²² En la misma línea, se establece la confidencialidad del procedimiento y de los documentos, con excepción de los laudos arbitrales.²³ A la confidencialidad se agrega la autonomía de los árbitros, quienes deliberan también en forma reservada, sin fundamentar su disidencia,²⁴ y actúan con imparcialidad e independencia, pero garantizan a las partes la oportunidad de ser oídas y de presentar sus argumentos, con lo que queda asegurado el principio del debido proceso legal.

Otro principio expresamente receptado en el Protocolo de Olivos es el de proporcionalidad de la medida compensatoria. Así, en el caso de incumplimiento o cumplimiento parcial del laudo, el Estado obligado podrá sufrir medidas de retaliación temporarias, dirigidas a forzar el

²⁰ PO, artículo 15.

²¹ Infelizmente, la versión portuguesa adoptó el término “medida provisória”, que tiene otro sentido en el derecho constitucional brasileño. El Protocolo de Brasilia se refería, más correctamente, a la expresión “medidas provisionais” (PB, artículo 18).

²² PO, artículo 33.

²³ PO, artículo 46.

²⁴ PO, artículo 25.

cumplimiento de la decisión. Se exige, sin embargo, que tales medidas sean proporcionales a las consecuencias del no cumplimiento del laudo, y preferentemente en el mismo sector industrial afectado.²⁵

Una nueva regla, incluida en el Protocolo de Olivos, es la referida a la posibilidad de escoger entre el sistema de solución del controversias del Mercosur y otro sistema, eventualmente, competente para decidir la controversia. La regla es que el Estado demandante puede escoger el foro, pero –una vez iniciado el procedimiento- no se podrá recurrir a otra vía.²⁶

La norma obtiene relevancia, cuando se observa que los Estados Partes del Mercosur participan individualmente de otros tratados multilaterales en materia comercial con sistemas propios de solución de controversias, como es el caso de la OMC, o pudiera ser el del ALCA o el de un TLC. La coexistencia de ordenamientos jurídicos de distinta naturaleza, implica la posibilidad de que dos o más foros internacionales estén legitimados para solucionar el mismo conflicto, situación más que paradójica para el Derecho Internacional contemporáneo.

Por eso, esta norma que da exclusividad al foro que previene servirá principalmente para evitar decisiones internacionales divergentes sobre la misma materia. Asimismo, se elimina la posibilidad de que la misma controversia sea examinada por órganos de solución de controversias distintos. Este riesgo no es irreal: dos importantes litigios en el Mercosur²⁷ fueron recurridos ante los órganos de la OMC, mientras que el conflicto de las pasteras entre la Argentina y Uruguay es dirimido en forma segmentada por dos jurisdicciones diferentes, la Corte Internacional de Justicia en lo que hace a las normas resultantes de estatuto del Río Uruguay, y el sistema

²⁵ PO, artículos 31 y 32.

²⁶ PO, artículo 1. En el NAFTA, existe una regla bastante similar: “Article 2005.1: [...] disputes regarding any matter arising under both this Agreement and the General Agreement on Tariffs and Trade, any agreement negotiated thereunder, or any successor agreement (GATT), may be settled in either forum at the discretion of the complaining Party”.

²⁷ La reclamación de Brasil contra barreras argentinas a los textiles, y la reclamación del mismo país sobre las medidas antidumping al pollo también impuestas por Argentina. Casos disponibles en <www.mercosur.org.uy>.

del Mercosur en relación con los reclamos de carácter comercial originados en los cortes de los puentes binacionales.

Por otro lado, como la opción respecto del foro será del demandante (a no ser que haya acuerdo), se puede prever que el foro internacional más utilizado será aquel que presente, en cada caso específico, la base jurídica más sólida para sostener el reclamo. En hipótesis, el Mercosur debería brindar reglas más avanzadas en cuanto a la integración regional y al proceso de liberalización comercial. Sin embargo, en algunas materias, como es el caso de las medidas antidumping, el vacío jurídico del Mercosur podría conducir a los litigantes al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, cuya interpretación más literal de las obligaciones asumidas en los acuerdos multilaterales podría otorgar un fundamento más sólido a una reclamación nacional.

Otras dos novedades del Protocolo de Olivos todavía merecen atención. El Protocolo permite la creación, por medio del Consejo Mercado Común (CMC), de otros mecanismos para solucionar controversias sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes.²⁸ El Protocolo deja a discrecionalidad del CMC las reglas de funcionamiento de esos mecanismos, que, si fueran implementados, probablemente asumirán la forma de comisiones de especialistas, que presentarán informes no vinculantes sobre aspectos técnicos y específicos del proceso de integración.

Además, se establece la posibilidad de que el TPR emita opiniones consultivas sobre el derecho de integración. Esta competencia, que también existe en otros tribunales internacionales, ha sido reglamentada a través de una decisión del CMC.²⁹

²⁸ PO, artículo 2.

²⁹ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 37/03. Sin embargo, esta norma determina que “Las opiniones consultivas emitadas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias (Art. 11).

VI. Asignaturas pendientes

A pesar de la visible preocupación por esclarecer el procedimiento a adoptar, y por incorporar reglas respecto de los problemas surgidos hasta ahora, el Protocolo de Olivos ha omitido tratar algunos temas, cuya relevancia crecerá con la profundización de la integración regional.

Así, en momento alguno el Protocolo se refiere al eventual efecto de las decisiones de los tribunales del Mercosur en el orden jurídico interno de los Estados. De ello, se puede concluir que este efecto es inexistente, lo que puede crear problemas en lo que se refiere a: a) los intereses de los particulares, eventualmente, beneficiados por una decisión liberalizadora de un tribunal ad hoc o del TPR; o b) la interpretación uniforme por los jueces nacionales de las normas del Mercosur, que, ocasionalmente, apliquen en litigios internos.

Puede minimizarse la relevancia de estos problemas, con el argumento de que los litigios del Mercosur se refieren a actos estatales, con pocas repercusiones en el orden interno, y que el TPR difícilmente examinará una norma con efectos para los particulares, como puede ser, por ejemplo, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial del Mercosur.

Esta respuesta es sólo parcialmente válida. En primer lugar, porque la competencia consultiva del TPR podría permitir que opine, inclusive, sobre la interpretación de normas del Mercosur que generen efectos para los particulares. En segundo término, los actos estatales también pueden engendrar demandas de particulares afectados ante los tribunales judiciales nacionales, en forma de amparos o acciones por reparación de daños. Frente a estos casos, una cuestión inevitable, para el juez nacional, será determinar el valor jurídicos de la decisión (del TPR o del tribunal ad hoc) que haya juzgado al respecto.

Otra duda remanente se refiere al derecho aplicable para la solución de la controversia. El Protocolo de Olivos, repitiendo un artículo del Protocolo de Brasilia, determina que el TPR y los tribunales ad hoc decidirán de acuerdo con los tratados, protocolos, decisiones del CMC,

resoluciones del GMC, directivas de la CCM, *así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia.*³⁰

El cuestionamiento aquí se refiere a esta última expresión. Es que su interpretación liberal llevaría a la conclusión de que el tribunal podría aplicar cualquier tratado internacional que vincule a los Estados Partes del Mercosur, que se encuentren involucrados en el litigio. Pero, ¿qué ocurriría si hubiera un eventual conflicto entre las normas del Mercosur y las de otro tratado que se reputara también aplicable? Esta posibilidad se torna concreta, cuando se recuerdan las obligaciones asumidas por los Estados del Mercosur en el ámbito de la OMC y la ALADI.

Una respuesta podría ensayarse a partir de las metanormas establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (sin tener en cuenta el hecho de que no todos los Estados del Mercosur ratificaron la Convención de Viena). En este caso, cabría admitir la posibilidad de que normas del Mercosur no sean aplicadas en algunas situaciones específicas.

También, es compleja en esta materia la cuestión de la propia interpretación de normas ajenas al Mercosur, invocadas por los tribunales ad hoc. De hecho, existen casos en que los tribunales arbitrales concluyeron que resultaban aplicables normas de la OMC, pero interpretaron éstas de forma distinta que el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

En otro orden de ideas, una cuestión todavía debatida es la referida a los efectos del desistimiento o transacción entre los Estado Partes inmiscuidos en la controversia. Para el Protocolo de Olivos el desistimiento o la transacción implican la extinción del caso.³¹ Sin embargo, no aclara el efecto jurídico de este acuerdo alcanzado por los Estados involucrados, ni obsta a que se demande en un futuro por la misma causa. Por otro lado, el Protocolo tampoco establece un sistema de evaluación, por los órganos del Mercosur, de la compatibilidad entre el acuerdo alcanzado y las normas de integración. Esta omisión puede permitir mayor flexibilidad para los

³⁰ PO, artículo 34.

³¹ PO, artículo 45.

Estados litigantes, pero no favorece el cumplimiento de las normas regionales.

Finalmente, el Protocolo de Olivos no incluye la posibilidad de que los particulares puedan acceder por propia iniciativa a la jurisdicción regional, cuestión que depende de la decisión respecto de la admisibilidad del reclamo que adopte la Sección Nacional del Estado Parte sede de los negocios del particular.³² Según el Protocolo de Olivos, la Sección Nacional *deberá entablar consultas* con el Estado reclamado,³³ si fuesen presentados elementos que permitan determinar la veracidad de la violación o la existencia o amenaza de un perjuicio. Vale observar que el Protocolo de Brasilia establecía que la Sección Nacional *podrá entablar contactos directos*.³⁴ Significa esto que el Protocolo de Olivos asegura a los particulares el derecho de que su reclamación sea examinada.

Tal interpretación sería bienvenida por la comunidad empresarial, que a veces es testigo de como sus intereses son desatendidos, en razón de imperativos políticos. Pero esta alternativa, si bien es viable, probablemente contrastará con la práctica diplomática de los Estados del Mercosur.

VII. Conclusión

Este breve análisis del Protocolo de Olivos demuestra que el sistema de solución de controversias en el Mercosur no satisface todas las expectativas, en lo que se refiere a la estabilidad del sistema, pero constituye un avance, respecto de la claridad de las reglas procesales.

Su mayor innovación es, sin dudas, la introducción del TPR, que está claramente inspirada por la organización adoptada por el ESD/OMC, cuyo Órgano de Apelación sirve como instancia uniformadora de las reglas multilaterales. Como en la OMC, puede preverse que en el Mercosur

³² PO, artículo 40.

³³ PO, artículo 41.

³⁴ PB, artículo 27.

también habrá constantes recursos con relación a las decisiones de los árbitros de primera instancia. Con todo, la demora para solucionar el litigio será compensada con la mayor seguridad en la armonización interpretativa de las reglas del Mercosur.

Además, el Protocolo de Olivos ha resuelto algunas cuestiones que motivaron cierta discusión en varios litigios en el Mercosur. Así, permite que el Estado demandante escoja el foro internacional en el que someterá su litigio, si es que pudiese elegir entre más de uno. Esto evitará la duplicidad de decisiones, como ocurrió en las controversias sobre textiles y pollos, que involucraron a Brasil y Argentina. De la misma forma, el Protocolo de Olivos incluye expresamente la obligación, para el Estado perdedor de la disputa, de cumplir el laudo arbitral, caso contrario serán aplicables medidas compensatorias como sanción.

En líneas generales, es posible concluir que el Protocolo es un resultado razonable si se tiene en cuenta que es fruto de una solución de compromiso. Si bien por un lado frustra las expectativas de aquellos que abogan por un sistema permanente para el Mercosur, por el otro establece reglas procesales bastante claras, que ganan relevancia en un momento en que la estabilidad del bloque es fundamental para relanzar el nuevo Mercosur de cinco miembros.

Referencias bibliográficas

- Almeida, Paulo Roberto de, *Mercosul: fundamentos e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1998.
- Barral, Welber, *Solução de controvérsias no NAFTA*. En: Mercadante, Araminta, Magalhães, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: Necin/Capes. 1998.
- López, David, *Dispute resolution under Mercosur from 1991 to 1996*. NAFTA Law and Business Review of the Americas, v. III, n. 2, Spring 1997.