

# “Negociación y Legalidad en la Estructura Institucional del Mercosur. El sistema de solución de controversias comerciales”<sup>1</sup>

*por LIC. ADRIANA PAGANI*

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>Algunas consideraciones teóricas sobre los sistemas de solución de controversias.....</b>	<b>7</b>
<b>1. La Negociación.....</b>	<b>7</b>
1.1. La negociación y la noción de suma cero.....	7
1.2. Institución y reglas de juego.....	8
1.3. La negociación desde la teoría: el poder y las instituciones.....	9
<b>2.La solución de controversias.....</b>	<b>10</b>
2.1.La solución de controversias comerciales y la institución.....	10
2.2.Métodos judiciales y diplomáticos.....	11
<b>3.Intergubernamentalidad y supranacionalidad.....</b>	<b>13</b>
3.1.Intergubernamentalidad.....	13
3.2.Supranacionalidad y soberanía.....	15
3.3.Solución de controversias en sistemas intergubernamentales y supranacionales .....	17
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>EL MERCOSUR: SU DUALIDAD NEGOCIADORA Y LEGALISTA.....</b>	<b>19</b>
<b>1.Antecedentes.....</b>	<b>19</b>
<b>2.Instituciones de solución de controversias en el Mercosur.....</b>	<b>20</b>
<b>3.Aspectos negociadores del sistema mercosureño.....</b>	<b>22</b>
<b>4.Aspectos del sistema anclados en el derecho.....</b>	<b>23</b>
<b>5. Consideraciones sobre la dualidad negociadora y legalista del Mercosur.....</b>	<b>25</b>
<b>6. La reforma del sistema: Protocolo de Olivos.....</b>	<b>26</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>31</b>
<b>1.Comentarios a las innovaciones planteadas en el Protocolo de Olivos.....</b>	<b>31</b>
<b>2.Reflexiones sobre supranacionalidad e intergubernamentalidad en las particularidades del Mercosur.....</b>	<b>35</b>
<b>3.Reflexiones sobre negociación y legalidad.....</b>	<b>37</b>
<b>4.Reflexiones finales.....</b>	<b>37</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>39</b>

---

<sup>1</sup> Una versión original del presente trabajo fue publicada en Revista FCE, N° 3, UCU, Montevideo, octubre 2004.

## INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

La presente tesina pretende ofrecer un análisis del sistema de solución de controversias comerciales del Mercosur desde otra cosmovisión. El planteo en esta tesis es que un marco adecuado para analizar la endeblez institucional - que la mayoría de los autores coinciden en señalar como característica del Mercosur- sería politológico más que técnico-jurídico. De esta manera, el análisis no desestimaría los aportes de la realidad, es decir, no nos limitaría a la observación de la solución de los diferendos comerciales entre los Estados a través de los lentes del deber-ser que establecen las normas, sino que identificaría además de los intereses económicos y comerciales, los intereses políticos de los actores involucrados. Las controversias exceden lo meramente jurídico y teórico e influyen a su vez en lo económico y comercial. Una nota de cautela se impone en este punto: no se analizará el tipo de reclamo de los particulares, sino que la tesis se limita al estudio de las relaciones entre los estados.

Con este objetivo, la tesis ha sido organizada en tres partes que se distribuyen en tres capítulos. El primer capítulo es una suerte de marco teórico que toma como base de análisis la teoría de las relaciones internacionales en general, la teoría de los juegos en particular, la posición institucionalista y la del realismo. La idea es introducir las construcciones teóricas que se han realizado sobre la negociación y la judicialización como formas de resolución de conflictos. En el capítulo segundo se exponen las características del sistema de solución de controversias del Mercosur, incluyendo un análisis del Tratado de Asunción y del Protocolo de Olivos. El objetivo es establecer en qué categoría de las construidas en la teoría encuadra el sistema de solución de controversias del Mercosur. El capítulo tres está dedicado a las conclusiones y reflexiones finales.

---

<sup>2</sup> El trabajo es una tesina de la Especialización en Estrategia Económica Internacional - Universidad de Buenos Aires - Facultad De Ciencias Económicas Dirigida por la DRA. VALENTINA DELICH.

## CAPITULO I

### ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Este primer capítulo discute el marco teórico apropiado para analizar el tema de la solución de controversias. La negociación como método de solución de controversias, los aportes de la teoría de las relaciones internacionales para su comprensión y la diferenciación entre métodos diplomáticos y jurídicos de solución de controversias aportan de manera relevante al estudio emprendido en esta tesis. La intergubernamentalidad y la supranacionalidad, como categorías de análisis de los sistemas de solución de controversias se juzgan indispensables para avanzar en la presente investigación.

#### 1. La negociación

##### *1.1. La negociación y la noción de suma cero.*

La negociación internacional, definida como el proceso por el cual valores divergentes son combinados en una decisión convenida, implica una relación dialéctica con el conflicto. Es decir, no desconoce las situaciones conflictivas sino que por el contrario se trata de la aplicación de estrategias adecuadas para lograr expectativas convergentes, en general, a partir de establecer puntos salientes de interés común. De lo expuesto se infiere que no solo el interés por coincidir motiva la negociación, sino que la voluntad común por sobreponerse al conflicto es más fuerte, permitiendo así la negociación y, eventualmente, el acuerdo.

En contraste, si las partes no perciben que pueden mejorar su situación con el acuerdo más que en ausencia de él, una disputa puede permanecer como no negociable. Realmente, entonces, ambas partes deben sentir que desean acordar. En este sentido, aceptamos que la esencia de todo proceso de negociación está más ligada a la idea de mejorar<sup>3</sup> que a la de ganar.

Al respecto, es interesante la noción de suma cero en la teoría de los juegos ya que el núcleo de proceso de negociación es la transformación de situaciones de suma cero a situaciones de suma positivo y acercamiento<sup>4</sup>. Ahora bien,

---

<sup>3</sup> La expectativa sería entonces conducir los negocios a un más elevado nivel de conocimiento en esencia y procedimientos para crear la mayor suma de beneficios posibles.

<sup>4</sup> En una situación de suma cero, lo que una persona gana necesariamente implica la pérdida de otra persona.

percepciones de suma cero son características de un conflicto antes de convertirse en materia de negociación. El teorema de Homans hace hincapié en el talento de cambiar de una situación de suma cero a una de suma no- cero, es decir, lo que uno gana no necesariamente debe perderlo el otro. La suma de ganancias no necesita ser cero, y podrían mezclarse estrategias de conflicto y negociación.

Desde una situación de valoración, no cabe duda que ante intereses diferentes y conflictos latentes, la negociación debe actuar como instrumento de prevención y solución de conflictos. Una vez producido el conflicto, se debería arbitrar soluciones vía negociación que reduzcan el riesgo de confrontación y minimicen el daño.

### *1.2. Institución y reglas de juego.*

Mientras la teoría de los juegos en Ciencia Política muestra como las normas o reglas estructuran los procesos legales y condicionan los resultados políticos, los institucionalistas argumentan que los sistemas normativos en si mismos ayudan a determinar identidades y roles. Muestran como las reglas formales e informales y procedimientos, influyen efectivamente, obligan y eventualmente también determinan lo que las organizaciones y actores hacen. Si las reglas o normas realmente importan, entonces la ley también debe importar. Los elementos institucionalistas de la Ciencia Política se relacionan con su interés en cómo las normas legales definen la arena política y como la ley (y hacedores judiciales) interactúan con otras partes de la política. De lo expuesto resulta importante destacar la relevancia de que "las reglas de juego" sean, en los hechos, normas legales.

Dentro de la teoría institucionalista, Douglas North (1998), define la institución como: "reglas de juego o constricciones convencionalmente construidas para enmarcar la interacción humana en una sociedad determinada. Las instituciones son normas pero no la legislación". De allí que no sólo son importantes las normas formales sino también las informales. De acuerdo a los autores de esta corriente, la inseguridad jurídica refleja la impredecibilidad de la intervención de los gobiernos (fruto de su potencial arbitrario) en la indefinición acerca de como será aplicada e interpretada la regla. En relación con el sistema de solución de controversias, objeto de análisis del presente trabajo, la debilidad institucional genera la ausencia de garantías suficientes para reducir el riesgo de arbitrariedad futura. Felix Peña (1998) aporta al tema expuesto: "las integraciones son alianzas institucionalizadas como reglas de juego que condicionan el

comportamiento de los asociados en sus relaciones recíprocas. Su esencia es restringir el margen de propensión natural a comportamientos unilaterales. Sus reglas pueden ser formales (resultantes del instrumento jurídico) o informales (incluso sobreentendidas), relativo a aquello que los socios esperan que sea el comportamiento de los otros socios. Lo importante es que son reglas de juego que reflejan y se sustentan en una reciprocidad de intereses nacionales, de los que cada país entiende que le conviene y que es lo que le lleva a aceptar el pacto vinculante y a cumplir con los compromisos libremente asumidos”.

Si bien es cierto que la negociación tiene más que ver con la creatividad que con la rigurosidad legal, la calidad de los mecanismos de concertación de intereses nacionales, de la aplicación de las reglas de juego y particularmente de la solución de controversias, son indispensables para la credibilidad necesaria de la institución.

### *1.3. La negociación desde la teoría: el poder y las instituciones*

La negociación como tema de estudio ha sido abordada, como vimos, desde el ámbito de las Relaciones Internacionales y de las Ciencias Políticas. Siendo el poder un componente necesario e inevitable en el análisis de estas disciplinas (y fundamental para estudiar la negociación) tomamos del realismo su visión de los conceptos de hegemonía y liderazgo como puntos clave de consideración a la hora de entender la debilidad y la fortaleza en la construcción de las instituciones.

Algunos autores, como Robert Putnam, Peter Evans y Harold Jacobson, relativizan la preeminencia del poder, argumentando que las negociaciones internacionales no se refieren simplemente a las relaciones entre naciones; si no también con la distribución de costos y beneficios entre grupos de interés internos (consumidores, productores, comerciantes, trabajadores, en el ámbito global, sectorial o interestatal). Además tienen opiniones divergentes respecto a cuáles son las mejores vías de relacionarse externamente. A lo expuesto debe agregarse que el poder real no es el que atribuye la ley, y está por lo común compensado y aún superado por la acción efectiva de otros poderes no legislados, como el del dinero, la inteligencia, los influjos de carácter personal y social, independientemente y aún en contra de lo que las leyes establezcan al respecto. De allí que la materialización de las instituciones, especialmente las de carácter regional, dependerán también de la disposición y la capacidad de los actores políticos para dar respuesta a las presiones hacia una mayor integración, significando esto último la restricción de autonomía y flexibilidad.

De acuerdo al punto de vista de los institucionalistas, no consideraremos las instituciones regionales como una reproducción de instituciones estatales. La diferencia entre el estado nacional y la integración no es de grado sino de naturaleza, ya que estamos ante una nueva organización política, una nueva sociedad. Recordemos que las instituciones deben ser analizadas y construidas dentro de la realidad de cada sociedad (de acuerdo a los institucionalistas).

Podemos agregar que las instituciones informales pueden ser efectivas, y hasta necesarias, como paso previo a las instituciones formales, e inclusive pueden ser vistas como una alternativa a esta últimas. Desde una perspectiva de las relaciones internacionales como disciplina, cabe una analogía entre la institución informal y hasta formal con el concepto muy desarrollado de Régimen Internacional. Este concepto se entiende como el conjunto de acuerdos en vigencia (procedimientos, normas, reglas, y en algunos casos instituciones funcionales especiales) diseñados para regular, controlar cierto tipo de actividad transnacional, aquella en que tal regulación y control parecería ser un asunto de interés común (o al menos de interés coincidente) entre varios Estados (Krasner, 1983). Y es así, bajo este concepto de Regímenes Internacionales que podemos entender al Mercosur, a su sistema de solución de controversias, y hasta a las relaciones argentino-brasileñas (como un cuasi Régimen Internacional).

## **2. La solución de controversias.**

### *2.1. La solución de controversias y la institución*

La negociación busca prevenir y solucionar los conflictos. Esto implica un proceso de comunicación pero también normativo que conduzca o guíe las "afectadas" relaciones entre las partes.

En un mundo de características lockeanas<sup>5</sup>, donde predomina el medio económico, donde interactúan el conflicto y la cooperación, a manera de un juego de suma variable, se privilegian las relaciones pacíficas, pero sin desconocer el conflicto latente. Tendientes a asegurar la paz, la búsqueda de instrumentos útiles para fomentar el comercio y procurar que las controversias de origen comercial no deterioren las relaciones interestatales, se ha ido desarrollando un cuerpo de instituciones para ajustar pacíficamente las disputas entre los Estados, a fin de lograr su resolución sin lastimar sus relaciones políticas.

---

<sup>5</sup> Por oposición a una sociedad de características hobbesianas que en la lucha permanente por el poder están marcadas por el predominio del medio militar.

La idea de la paz a través del derecho, como conjunto de reglas de juego justas y claras que regulen equitativamente las relaciones comerciales entre los Estados, se viabiliza a través de un sistema reglado de solución de controversias. Al organizar en el campo de las negociaciones un mecanismo institucional adecuado, surgen los distintos métodos de solución pacífica de controversias primero, a nivel del derecho internacional general. El término "solución pacífica de controversias", entendido como conjunto de procedimientos para ajustar las disputas entre Estados sobre la base de principios de Derecho y a la buena fe de las partes fue utilizado por primera vez en la Convención que con ese nombre surgiera de la Conferencia de Paz de La Haya en 1899.

Tradicionalmente, se mencionan dos clases de medios de arreglos pacíficos: los políticos o diplomáticos y los jurídicos. La utilidad y el éxito de esos sistemas de solución de controversias reposan, fundamentalmente en la experiencia y habilidad de quien desempeña el papel de terceras partes en los litigios. Con medios simples, idóneos y económicos, se debería ayudar a simplificar la resolución de las cuestiones litigiosas y a adoptar soluciones que faciliten el trámite y la solución del juicio posterior.

Como es lógico, la tendencia a la legitimación ajustada a derecho, como método a aplicar en la solución de controversias, se afirma en los últimos tiempos con el fin de favorecer la organización internacional en dicho sentido. No obstante, a partir de la observación de los casos de controversias dirimidas satisfactoriamente, llama la atención que gran parte de las controversias en el ámbito internacional y regional es decidida preferentemente por medios políticos y no por medios legales. Parece interesante indagar por qué algunos Estados parecen tan poco inclinados a recoger las técnicas legales de decisión. Al respecto Bowett (1983) sugiere que la razón está en la falta de control sobre las decisiones tomadas en esa instancia, control que los Estados retendrían a través de medios políticos o diplomáticos y por contraste, perdería mientras más los medios de solución de diferencias estén reglados por el derecho.

## *2.2. Métodos diplomáticos y jurídicos*

Los medios de arreglos pacíficos elegidos por las partes en conflicto para dirimirlos deberían ser los más apropiados en función a las circunstancias y naturaleza de la controversia. Estas técnicas, se diferencian por el grado de control que las partes retienen, o no, sobre la aplicación u orientación de la solución de controversias.

### 1- Medios pacíficos o diplomáticos de arreglo pacífico de controversias.

El atributo común a todos los métodos diplomáticos es que la determinación del conflicto generalmente requerirá un compromiso entre las partes y la decisión final es de carácter no vinculante.

La resolución diplomática de conflictos reconoce dos formas principales: *a)* aquella que involucra a las partes y *b)* aquella que involucra una tercera parte neutral para facilitar la resolución del conflicto. Ejemplo de *a)*, son las *negociaciones y consultas*. Se implementan como un procedimiento inicial que constata la existencia de la disputa y explora las primeras posibilidades de solución. La negociación, el método más antiguo, es de características simples y ampliamente utilizado, consiste en un arreglo directo vía diplomática de Estado a Estado. Si bien es el medio más apropiado para resolver conflictos más simples, que tal vez sólo dependan de ajustes mínimos en la actuación del Estado, no es el más adecuado para el caso de controversias más amplias y de una mayor complejidad. Las partes pueden elegir la *consulta directa* entre las partes o la que involucra la *participación de técnicos*.

Ejemplo de *b)* son: los buenos oficios, mediación y conciliación. Fracasada la negociación, una tercera parte puede intentar un arreglo entre las partes a través de sus buenos oficios o de su mediación en el conflicto. En los *buenos oficios*, el tercero busca la aproximación de las partes en un intento conciliatorio pero sin participar directamente en el resultado de la negociación, es decir, las partes siguen decidiendo por sí mismas la forma y el contenido del arreglo de sus diferencias. En la *mediación*, en cambio, el tercero, a pedido de las partes, cumple un rol activo y participa de la negociación asumiendo la dirección de las mismas. Propone soluciones a las partes (que están en libertad de aceptar o no). La *mediación* concede autoridad al Estado mediador para intervenir, facultad derivada de acuerdos internacionales que lo facultan en ese sentido. Los *buenos oficios* están vigentes hasta tanto se reanuden las negociaciones entre las partes y es de carácter espontáneo. En la *conciliación*, que se caracteriza por ser instituida por las propias partes, el conciliador, procura reconciliar a éstas y lograr que por medios pacíficos y adecuados compongan sus diferencias. El tercero actúa con independencia, es decir, sin depender de ningún Estado y bajo ninguna jurisdicción.

### 2- Métodos jurídicos

El *arbitraje*, que resulta en un laudo obligatorio, intenta solucionar los conflictos entre los Estados de acuerdo a las normas de derecho internacional. Puede ser facultativo u obligatorio. En este último caso, se somete la solución de la controversia a un tribunal ad hoc, creado especialmente para dirimir el conflicto. Lo que efectivamente distingue el arbitraje de la conciliación son los trámites extremadamente precisos del arbitraje y la naturaleza del laudo arbitral, que tiene muchas más obligaciones entre las partes que la conciliación, ya que ésta sigue siendo una especie de consejero amigo.

Se debe distinguir el *arbitraje ad hoc* del *arbitraje institucional*. Se entiende al primero como aquel realizado por árbitros indicados por las partes, conforme a las leyes y reglas por éstas escogidas, pudiendo tales reglas ser las de una institución de arbitraje, o las reglas vigentes en el lugar en que se realiza el arbitraje, o cuando debe ser dejada la cuestión a discreción del tribunal arbitral.

Se entiende al segundo como aquél promovido a requerimiento de las partes, por una de las instituciones especializadas en arbitraje, de acuerdo con las reglas por ellas establecidas<sup>6</sup>. El primero, es decir el arbitraje ad hoc, representa un medio más práctico porque las partes poseen libertad en la selección de sus árbitros, que son indicados por cada país miembro y sorteados en la composición del tribunal. Las partes poseen también una mayor flexibilidad en el proceso. Pueden inclusive estipular una cláusula sin apelación, así el laudo arbitral posee fuerza decisiva y ejecutiva. Las partes en el arbitraje gozan de un mayor grado de control sobre el proceso si se lo compara con la vía judicial tradicional.

La *solución judicial*, presupone la existencia previa al conflicto de un órgano o tribunal con competencia para entender el conflicto, de reglas de procedimiento establecidas con independencia de lo que las partes consideren sería un buen o deseable procedimiento y con normas substantivas preestablecidas y vigentes antes de producirse el conflicto. Sólo por excepción las partes pueden sustraerse a su jurisdicción.

### 3. Intergubernamentalidad y supranacionalidad

---

<sup>6</sup> En materia comercial, se han establecido tribunales de arbitraje permanente en el Banco Mundial –para los conflictos inversor-Estado y en el marco de las Naciones Unidas, un tribunal arbitral dependiente directamente de la UNCTAD. En ambos casos, el tribunal es

### *3.1. Intergubernamentalidad*

Las negociaciones intergubernamentales en un proceso de integración, implican que las estrategias y metodologías son elaboradas por un cuerpo de funcionarios gubernamentales, generalmente en los ministerios de Relaciones Exteriores y de las agencias económicas especializadas. En una institución intergubernamental, por contraposición a una supranacional, los diplomáticos suelen contar con "instrucciones" y se requiere el consenso unánime para tomar una decisión. En la sutil línea que separa y a su vez vincula lo nacional y lo internacional, lo político y lo económico, la negociación intergubernamental se ve influenciada por la injerencia cada vez mayor de las agencias, principalmente económicas, de los Estados involucrados a través de una cooperación interburocrática.

Los intereses de los sectores empresarios nacionales que se ven favorecidos o perjudicados por las negociaciones intergubernamentales tienen un notorio peso en los resultados de este tipo de negociaciones. Es más, con respecto a las empresas transnacionales se puede decir que sus estrategias se ven beneficiadas por iniciativas de integración ancladas en negociaciones de tipo intergubernamental. La posibilidad de presionar a este nivel y un mayor porcentaje de posibilidad de ejercer un lobby con resultados positivos, explica la preferencia. De allí que los sectores empresariales no incentiven la institucionalización en dichos procesos de integración.

Desde el punto de vista político, también aparecen intereses de provincias o regiones que se ven directamente afectados (por razones fronterizas o de producción), influyendo también en la posición negociadora de los funcionarios. A ello puede agregarse que en el ámbito nacional y en la experiencia de América Latina, los elementos principales de la negociación se centran más en proyectos de gobierno que de Estado. Intereses de liderazgo personal, sentido de oportunidad económica y proyección internacional son decisivos en esta elección en donde el cariz político se impone (y más allá de colores partidarios), y que se heredan de gobierno a gobierno como símbolo de defensa de los intereses nacionales.

Andrew Moravcsik (1991, 1993,1998), uno de los más firmes defensores contemporáneos de la intergubernamentalidad como mecanismo institucional apropiado para un exitoso y pacífico desarrollo de las relaciones internacionales,

---

permanente pero no sus miembros, ya que existe una lista de árbitros de las cuales se extraen los árbitros para cada caso.

sostiene que un régimen intergubernamental exitoso será aquel que pueda manejar la interdependencia económica a través de una coordinación política negociada. Observa así que las comunidades europeas se basaron desde sus orígenes en negociaciones interestatales entre los Estados líderes, especialmente Alemania y Francia, cuya cooperación se predicó sobre la necesidad de minimizar los costos de transacción y competencias costosas. Por lo expuesto, en el caso europeo, Moravcsik sostiene también que la negociación interestatal demostró tener una dinámica mucho más potente en la Unión Europea que aquella invertida en el liderazgo supranacional, las instituciones europeas, o los grupos de negocios transnacionales. Su tesis central es que en el caso de la integración europea, ésta fortalece la autoridad de los líderes nacionales a través de concentrar el poder de negociación en sus manos durante la negociación de los tratados, momentos definitorios en la construcción de las instituciones europeas.

Con respecto a los socios mayores de una integración, Moravcsik manifiesta también que no sólo los gobiernos nacionales son sus más importantes actores, sino que también existe una jerarquía de poderes entre ellos. Sólo los Estados grandes cuentan realmente en el sistema intergubernamental. Los estados pequeños son coaccionados (o cooptados) a través de retribuciones, o son presionados a aceptar acuerdos globales. No existe entonces allí esfuerzo para “elevar el interés común”, sino que se impone más bien el más bajo denominador común en un estilo de negociación.

### *3.2. Supranacionalidad y soberanía*

El concepto de soberanía, identificado primariamente como el poder originario y autónomo de decisión de los Estados, ha mutado simultáneamente con el de Estado para adaptarse e incorporarse así a la nueva forma de organización política que surge de los procesos de integración, y específicamente, en su forma “supranacional”.<sup>7</sup>

En efecto, esta evolución llevó a una revisión del concepto de soberanía, entendida ésta como indivisible e inalienable, introduciendo la idea de “limitación de soberanía”. Esta última expresión designa las áreas en que los Estados miembros no pueden tomar decisiones libremente. Es decir, el Estado soberano subsiste pero delega en la nueva organización política algunas competencias,

---

<sup>7</sup> Estos nuevos procesos de integración suponen la aparición de una nueva organización que, más cercana al concepto de confederación que de Estado moderno, adopta en este sentido un nuevo concepto de soberanía que difiere de aquella que en su ejercicio original abarca en forma absoluta la totalidad de las competencias del Estado.

transfiriendo poder decisorio a instituciones comunitarias, a la manera de una "gran Confederación". Se observa entonces que si bien la autolimitación de la soberanía no afecta la independencia del Estado al quedar libre de injerencia exterior en otros asuntos internos, por el contrario, la entidad beneficiada adquiere el poder de ejercer las competencias y de tomar decisiones vinculantes aún contra la voluntad del Estado.

Cuando se delegan las competencias a las instituciones de la comunidad, los Estados miembros pierden autoridad para tomar acciones contrarias a las reglas comunitariamente acordadas. Esto se debe al principio de subsidiariedad que en el origen de la comunidad europea, quedó definido en el Tratado de Roma y se garantizó que será respetado a partir de Maastricht.<sup>8</sup> El principio de subsidiariedad tiene por objeto garantizar una toma de decisión lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que debe emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidad que suponen que la acción de la Unión no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivos del Tratado. El Consejo Europeo de Edimburgo de diciembre de 1992 definió los principios fundamentales que informan el concepto de subsidiariedad y las directrices de interpretación del art.5 (antiguo art.3B), que introduce la subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea. Sus conclusiones se recogieron en una declaración, piedra angular del principio de subsidiariedad. El enfoque global derivado de esta declaración lo recoge el Tratado de Amsterdam en un protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Ahora bien, ¿Por qué favorece el principio de subsidiariedad al Estado nacional? Porque este principio constituye un mecanismo de autodefensa contra lo que se percibe como el riesgo del uso excesivo de los poderes comunitarios, garantizando el derecho de los poderes no delegados. La subsidiariedad es, entonces, una respuesta positiva a la crítica de que la comunidad pudiese ser excesivamente centralizadora, afectando así la identidad nacional. Cabe la

---

<sup>8</sup> El principio de subsidiariedad quedó definido en el segundo párrafo del art. 3.b. del Tratado de Roma: "La comunidad actuará dentro de los límites de las atribuciones que les son conferidas y de los objetivos que le son confiados por el presente tratado. En los ámbitos que sean de su atribución exclusiva, la comunidad interviene apenas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, si y en la medida en que los objetivos de la acción encarada no puedan ser realizados suficientemente por los Estados miembros, y puedan, pues, debido a la dimensión o a los efectos de la acción prevista, ser mejor concretados al nivel comunitario. La acción de la comunidad no debe exceder lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.

pregunta sin embargo de si este principio es suficientemente eficiente y no se tornó obsoleto para detener el ejercicio expansionista del poder comunitario. En todo caso, la efectividad de la subsidiariedad dependerá en gran parte de la actitud y política de la Corte Europea, que es el poder que tiene ahora la autoridad de decidir y aplicar ese principio.

Con el desarrollo cada vez mayor de los procesos de integración, el arraigo hoy en día de la idea de comunidad e interdependencia internacional, es evidente. La necesidad de expandir los mercados internos, atraer inversiones y al mismo tiempo adoptar fórmulas proteccionistas para defender sus mercados, encuentra entonces, razones económicas y políticas para sostener este concepto de soberanía limitada. Al respecto, el derecho económico internacional, a diferencia del derecho internacional clásico, halla el fundamento del concepto de soberanía limitada, no en el Estado, sino en la noción de interdependencia económica, que representa una nueva forma de relación entre los Estados más adecuada a esta nueva organización política que queda contemplada en los procesos de integración política. Y es en este sentido en que debe entenderse la soberanía supranacional, como síntesis de la delegación de otras soberanías.

En el caso europeo, sólo a partir del Tratado de Maastricht, la distancia entre el ámbito de la política regional y la nacional comenzó a diluirse. A partir de entonces, se observó una "europeización" de la política doméstica a través de la cual la dinámica política y económica de la Unión Europea se tornaron parte de la lógica institucional y decisoria de la actividad política europea.

### *3.3. Solución de controversias en sistemas intergubernamentales y supranacionales*

Los mecanismos de solución de controversias insertos en sistemas intergubernamentales de toma de decisión generalmente tiene plazos cortos y amplia libertad de forma en la resolución de los pleitos. Son mecanismos que no tienden a unificar criterios para la solución de los distintos casos (menos a crear jurisprudencia), sino que por el contrario, tienden a dispersarla, pudiendo generar contradicciones a partir de ello.

En cuanto a los órganos supranacionales de solución de controversias asumen el rol institucional de garantizar la aplicación de reglas. Quienes se oponen a este tipo de arreglos sostienen que pueden introducir rigideces fuertes a los negociadores en su margen de maniobra, y hacen peligrar el avance de la

integración (situación que no se apreciaría a partir de la flexibilidad que caracteriza a la intergubernamentalidad). Pero también es necesario señalar que las instituciones supranacionales aseguran restricciones formales a los comportamientos unilaterales de las partes que son contrarios a lo pactado.

La comparación formal entre distintos tipos de organismos de solución de controversias e incluso el estudio de casos por separado supone por supuesto la indagación del marco institucional que lo contiene. Sin embargo, la dinámica de los conflictos comerciales exigen en general que se incorpore al análisis problemáticas económicas, sociales, culturales y /u otros tipos de intereses.

Y es más, aún estudiando y desentrañando cómo funcionan estos organismos y su eficacia, podríamos no captar la complejidad del pasaje desde la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad. No obstante, es la base ineludible para un análisis profundo del tema. Los Estados que tienen menos poder en una integración estarán interesados en un sistema de orientación legal, es decir un sistema más obligatorio y compulsivo, que de alguna manera les garantice que los más fuertes podrán, eventualmente, ser obligados a cumplir con las obligaciones tomadas en el marco de la integración. También cabe recordar aquí que, en el caso de las disputas comerciales, las negociaciones en nuevos términos por las cuales se continúa una antigua relación, supone conflicto por encima de ventajas toda vez que cada parte tratará de obtener la mejor negociación posible. La táctica estará representada por el sentido que una parte u otra le dé a su persistente resistencia negociadora para efectuar el mejor acuerdo. El Mercosur no es la excepción.

## **CAPÍTULO II**

### **EL MERCOSUR: SU DUALIDAD NEGOCIADORA Y LEGALISTA**

Los mecanismos de solución de controversias pueden, como dijimos, orientarse hacia una solución de carácter diplomático o bien a una caracterizada por una base jurídica. El Mercosur reúne peculiarmente aspectos de ambos. No obstante esta clara dualidad, existe una marcada tendencia en la realidad a que los aspectos negociadores sean más frecuentemente utilizados que los aspectos anclados en el derecho. Fiel al espíritu flexible e intergubernamental de los procesos de solución de controversias mercosureños, éste capítulo analizará su sistema de solución de controversias, desde el Tratado de Asunción al Protocolo de Olivos.

#### **1. Antecedentes.**

De manera escueta, el Tratado de Asunción se manifiesta jurídicamente a través de sólo 24 artículos. No obstante, establece claramente cuáles son los objetivos económicos y políticos, un mecanismo de solución de controversias y un sistema de institucional flexible. Y si bien el Tratado de Asunción contempla un arbitraje incipiente, este aspecto fue profundizado en los tratados posteriores en la medida en que se dieron las condiciones para que los distintos actores se fueran acercando y también a partir de las obligaciones, particularmente la obligación de constituir una unión aduanera, que asumían los países y algunas obligaciones que se iban cumpliendo en forma gradual (como la desgravación arancelaria entre los Miembros).

Es así que el Tratado de Asunción puede definirse como una especie de *traité-cadre*, en cuyo ámbito pueden ser contempladas las más diferentes disposiciones de carácter normativo y regulatorio, dotado de flexibilidad para abrigar las necesidades presentes y futuras de los países miembros en la construcción del espacio económico común (Almeida, 2003).

El anexo III del Tratado de Asunción establecía que las controversias que pudieran surgir entre los Estados-partes a causa de su aplicación debían ser resueltas por medio de negociaciones directas, y en etapas posteriores, mediante la intervención del Grupo Mercado Común (GMC) o el Consejo Mercado Común (CMC). Esta disposición tiene interés meramente histórico, pues en el mismo Anexo III se estipula la elaboración dentro de los 120 días de entrada en vigencia del Tratado de un sistema transitorio, que posteriormente fue el propio Protocolo de Brasilia.

En el caso de divergencias entre los Estados, el Protocolo de Brasilia – instrumento jurídico que reguló la solución de controversias hasta tanto los cuatro Estados Miembros del Mercosur internalizaron el Protocolo de Olivos- y el Protocolo de Ouro Preto<sup>9</sup> se impusieron sobre cualquier cuestión entre las partes en relación a la aplicación/interpretación del Tratado de Asunción.

## **2. Instituciones que participan en la solución de controversias en el Mercosur.**

❖ Grupo de Mercado Común (GMC): Órgano ejecutivo con facultades de iniciativa. Toma decisiones por consenso de todos sus miembros. (Creado en el Tratado de Asunción y ratificado en el de Ouro Preto)

❖ Comisión de Comercio del Mercosur (CCM): Vela por la aplicación de los instrumentos de política comercial acordados para funcionamiento de la unión aduanera. Revisa los temas de la agenda comercial. Toma decisiones por consenso. (Creado por el Protocolo de Ouro Preto al dotar al Mercosur de su estructura institucional definitiva)

❖ Tribunal ad hoc: Tres miembros, seleccionados de una lista previamente depositada por los Estados. Cada parte tendrá garantizado un miembro connacional y habrá un tercero no miembro de la controversia elegido de común acuerdo que presidirá el tribunal. La sede será ad hoc y el tribunal

---

<sup>9</sup> El Protocolo de Ouro Preto fue adoptado en 1994, entró en vigencia en 1995 y contiene la estructura institucional definitiva del Mercosur.

dictará sus propias reglas de procedimiento.(Previsto en el Protocolo de Brasilia)

❖ Tribunal Permanente de Revisión: Compuesto por 5 árbitros y con sede permanente en Asunción. (Previsto en el Protocolo de Olivos)

**Cuadro 1:** Dinámica del procedimiento de solución de controversias en los organismos involucrados en la misma.

<b>PROTOCOLO DE BRASILIA</b>	<b>PROTOCOLO DE OURO PRETO</b>	<b>PROTOCOLO DE OLIVOS</b>
<i>Instancias del consenso</i>	<i>Instancias del consenso</i>	<i>Instancias del consenso</i>
<p>Negociaciones directas (15 días para resolver el conflicto)</p> <p><b>Si no se resuelve el conflicto:</b></p> <p style="text-align: center;">↓</p>	<p>- Consultas en la CCM</p> <p><b>Si no se resuelve el conflicto:</b></p> <p>- Reclamación en CCM</p> <p><b>Si no se resuelve el conflicto:</b></p> <p style="text-align: center;">↓</p>	<p>Negociaciones directas (15 días para resolver el conflicto)</p> <p><b>Si no se resuelve el conflicto:</b></p> <p style="text-align: center;">↓</p>
<p>Reclamaciones en el GMC (30 días para realizar una recomendación) →</p> <p>Panel de expertos (30 días) →</p> <p>GMC</p> <p><b>Si fracasa la instancia:</b> ↓</p>	<p>Ídem Protocolo de Brasilia</p> <p><b>Si fracasa la instancia:</b> ↓</p>	<p>Ídem Protocolo de Brasilia, pero el procedimiento ante el GMC deviene optativo (se somete la controversia a la consideración de GMC, o, inicio directo del procedimiento arbitral).</p> <p><b>Si fracasa la instancia:</b> ↓</p>
<i>Instancias de la legalidad</i>	<i>Instancias de la legalidad</i>	<i>Instancias de la legalidad</i>
<p>Procedimiento arbitral ad hoc (60-90 días para reglamentarlo) →</p> <p>Cumplimiento del fallo (15 días) →</p> <p>Cualquier Estado Parte puede solicitar aclaración del laudo dentro de 15 días →</p> <p>Si no hay cumplimiento del laudo se autorizan medidas compensatorias a partir de los 30 días.</p>	<p>Ídem Protocolo de Brasilia</p>	<p>- Procedimiento arbitral ad hoc, presenta modificaciones en listas de árbitros.</p> <p>- Recurso de revisión al Tribunal Permanente de Revisión contra el laudo del tribunal ad hoc en 15 días a partir de su notificación.</p> <p>- A su vez establece la posibilidad de acceso directo y en única instancia, al Tribunal Permanente.</p> <p>- Ante incumplimiento del laudo se autorizan medidas</p>

		compensatorias temporarias en el plazo de un año. - Facultad de cuestionar medidas compensatorias.
--	--	---

Fuente: Elaboración propia en base al Protocolo de Brasilia, Protocolo de Ouro Preto y Protocolo de Olivos.

### 3. Aspectos negociadores del sistema del Mercosur.

Concluidas las negociaciones directas<sup>10</sup>, la demora hacia el paso siguiente del proceso ocurre principalmente, porque los Estados dilatan sus decisiones especulando con lograr soluciones políticas del diferendo. Estas soluciones políticas, en realidad, podrían encontrarse independientemente de los plazos del proceso, o durante los 60 o 90 días en que el tribunal arbitral debe expedirse en el laudo. Puesto en términos de Relaciones Internacionales, y más puntualmente en términos de la teoría de los juegos, parecería que estamos frente a un caso de dilema del prisionero, en donde, privilegiándose resultados por sobre preferencias, los actores optan por soluciones no cooperativas que si bien a nivel individual pueden resultar beneficiosas, son altamente costosas desde perspectivas más amplias para el conjunto. En efecto, la existencia de cooperación y conflicto (patrones de la conducta de los Estados) y resultados dependen en su totalidad no sólo de los réditos, sino también de los criterios de decisión que los actores aplican al evaluar las diferentes situaciones.

Con respecto a la toma de decisiones en el sistema de solución de controversias del Mercosur, el Tratado de Asunción establece el consenso en la toma de decisiones, regla que tiene por excepción el procedimiento arbitral del Mercosur (que de acuerdo al Protocolo de Brasilia permite la adopción de un laudo por mayoría en vez de unanimidad). ¿Qué consecuencias tiene el principio del consenso sobre el sistema de solución de controversias del Mercosur?

La CCM, núcleo central para la implementación y resolución de los problemas comerciales derivados de la conformación de la unión aduanera, incluye la eventual intervención de un comité técnico –luego de la recepción de la consulta o reclamo en sesión plenaria - que debe entregar un informe común si es que existe consenso. Si hacemos hincapié en la resolución de controversias

---

<sup>10</sup> Recordemos que estimular la negociación directa permite evitar las consecuencias de una sentencia adversa.

comerciales, la CCM es el órgano cuya evolución y directivas deben ser especialmente consideradas.

La CCM no resulta totalmente eficaz para resolver conflictos: así lo señala el alto porcentaje de consultas pendientes o concluidas insatisfactoriamente (Delich, 2001). Si la CCM siguiera siendo una instancia negociadora pero sostenida por dictámenes técnicos sino unívocos al menos unificando dos posturas, facilitaría a los funcionarios lograr una fórmula de consenso sobre cómo resolver el conflicto en cuestión. En este sentido, algunos autores han sugerido que se obligue a los expertos de la Comisión de Comercio a realizar informes conjuntos, en los cuales se detallen los puntos de concordia y discordia entre todos o algunos (Delich, 2001). En el caso del GMC, el consenso en la toma de decisiones deterioró notablemente su eficacia, ante la dificultad en poder alcanzarlo.

En suma, el consenso constituye un método basado en el diálogo y el compromiso entre quienes participan en el proceso de solución de controversias, que debiera favorecer la búsqueda de fórmulas aceptables por todas las partes de la negociación. Pero, repetimos, requiere del compromiso real de las partes para poder funcionar. Asimismo, un sistema que asume el conflicto y lo convierte en discordia evaluada por consenso, evita la crisis de fondo y propicia los arreglos en forma directa.

#### **4. Aspectos del sistema del Mercosur anclados en el derecho.**

El sistema de solución de controversias en el Mercosur incluye un proceso arbitral mediante la conformación de tribunales ad-hoc. La tradición jurídica que lo sustentó (tomada del Código napoleónico) impregnó jurídicamente al sistema arbitral con la regla de la obligatoriedad ipso facto de los laudos. Sin embargo, en el caso del Mercosur encontramos una estructura procesal más análoga al pragmatismo del GATT: es factible pensar en la coincidencia histórica de las postrimerías de la Ronda Uruguay del GATT con el momento en que estos instrumentos fueron negociados y que aquéllos impregnaran también de sus características al proceso arbitral mercosureño ( finales del año 1994). Tribunales ad-hoc con plazos específicos y perentorios bajo el modelo que en 1994 se impuso finalmente en el sistema GATT/OMC son similares con el sistema arbitral generado en la solución de controversias en el Mercosur. Es así que el procedimiento arbitral del Mercosur incluye la jurisdicción del arbitraje compulsiva al no darle a los Estados la posibilidad de bloquear la conformación de un tribunal ad-hoc.

¿Cómo se aplica la toma de decisiones por mayoría en el sistema de solución de controversias en el Mercosur? Las decisiones del tribunal arbitral son tomadas por mayoría, debiendo ser motivadas y firmadas por el presidente y por los demás árbitros. Estos no podrán fundamentar los votos disidentes. Un aspecto que merece ser subrayado es que, con vistas a asegurar la independencia del tribunal, se garantiza una total libertad de acción a sus árbitros, debiendo mantenerse la confidencialidad de la votación. La votación por mayoría tiende a favorecer la aprobación de las resoluciones.

Cabe agregar que la inexistencia de reglas uniformes de procedimiento del tribunal arbitral advirtió de su peligrosidad, puesto que el procedimiento puede diferir totalmente de un laudo a otro, lo que conspira contra la seguridad jurídica del Mercosur y contra la credibilidad de la sentencia arbitral.<sup>11</sup> Si en 15 días el país perdedor no cumple el laudo, quedan autorizadas medidas compensatorias.

La no conformación de un órgano de apelación en el Mercosur fue argumentada en la intención de resolver expeditivamente las controversias, situación que se entendía como favorecida con un tribunal arbitral de instancia única. Con el transcurso del tiempo fue quedando en evidencia la necesidad de la segunda instancia. El recurso de aclaratoria y de interpretación que sí prevé el Protocolo de Brasilia parece insatisfactorio como instrumento, toda vez que serán aplicados por el mismo tribunal que dictó el laudo (este tema ha sido subsanado en el Protocolo de Olivos), y no puede alterar la sustancia del laudo, ni en cuanto a los hechos ni en cuanto al derecho.

Llegados a este punto, cabe introducir al debate el tema de la norma y su incorporación en el Mercosur. Adoptar una norma en el ámbito del Mercosur no implica su aplicabilidad inmediata, ni efecto directo, ya que los actos emanados de los órganos decisorios del Mercosur son incompletos. Son incompletos porque su contenido requiere ser completado posteriormente con un acto legal/ legislativo o administrativo nacional según corresponda de acuerdo a la Constitución de cada Estado (esta instancia se conoce como internalización de la norma) para que sea internamente aplicable. La internalización resultó un proceso no expedito, reflejando los obstáculos legales y constitucionales que el gobierno enfrenta en dicho proceso. Parecería ser que los órganos decisorios no consideran al momento de expedirse sobre una cuestión los obstáculos legales o constitucionales que un

Estado miembro debe enfrentar durante el proceso de internalización. El Protocolo de Ouro Preto, que definió las fuentes legales del Mercosur, estableció mecanismos que derivaron en pobres resultados con respecto a una internalización eficaz de las normas<sup>12</sup>. Luego, la Decisión 23 del Consejo del Mercado Común, aprobada en el año 2000, establece cuándo una norma emanada de los órganos decisorios no requiere de incorporación (por ejemplo porque ya existía una norma nacional idéntica). Pero el punto, que ya ha sido repetido hasta el cansancio por muchos juristas, es que no existe en el Mercosur un mecanismo ágil y transparente para incorporar las normas “comunitarias”, ni una sistema que garantice la jerarquía de las normas comunitarias sobre las nacionales. Mientras que para Argentina los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes nacionales, no sucede lo mismo con Brasil, lo cual impide la conformación de un ordenamiento jurídico común que no sea modificable por la sola voluntad de un Miembro. Por ello, una instancia que unificara la interpretación en el Mercosur sería necesaria para evitar que los laudos arbitrales aparejen interpretaciones contradictorias sobre temas similares. En efecto, esta situación podría provocar inseguridad jurídica en quienes son parte involucrada en el proceso de integración. Por lo tanto, es menester un conjunto normativo coherente, en donde las normas originarias y derivadas guarden armonía entre sí, y que no se entiendan como disposiciones aisladas de los Estados miembros de la integración, considerados individualmente. El Mercosur, como sistema compuesto por partes interactuantes, precisa ordenarse teleológicamente por un derecho mercosureño específico que satisfaga las necesidades jurídicas del “todo”, aunque no construya un derecho supranacional.

## **5. Consideraciones sobre la dualidad negociadora y legalista del Mercosur**

Atendiendo a la dualidad, y a la tendencia a utilizar más las instancias negociadoras, remarco la importancia de los procedimientos eficaces para tomar decisiones, más allá de modelos institucionales en particular. La vertiente del

---

<sup>11</sup> Surgió entonces la necesidad de que el GMC regulara el procedimiento ante el tribunal arbitral a través de reglas modelo, que si bien no tienen carácter de obligatorias (violaría el art.15 del Protocolo de Brasilia) constituyen pautas básicas a cumplir por el tribunal arbitral.

<sup>12</sup>El protocolo de Ouro Preto establece que las normas Mercosur una vez aprobadas, deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional y son vinculantes para los Estados miembros. Sin embargo, el protocolo no fija plazos para su incorporación (salvo para los reglamentos técnicos). La falta de plazos implica asincronías en el cumplimiento de la normativa negociada y acordada. La falta de incorporación en uno o más países de las normas acordadas afecta los derechos y obligaciones de los administrados. Si una norma Mercosur está incorporada en un país y no en los demás, los agentes económicos quedan sujetos a reglamentaciones diferentes. Esto genera un clima de inseguridad jurídica en el Mercosur. (Tussie 2001, p.215-216).

institucionalismo intergubernamental procura preservar a los gobiernos como actores protagónicos exclusivos de un sistema decisorio que opera por consenso, alcanzado por la negociación de un mínimo denominador común y una expansión controlada de la agencia oficial del Mercosur. Cabe aclarar que de aplicarse un institucionalismo supranacional se debería adoptar progresivamente un sistema de "votación calificada" que valore los intereses comunes de los Estados miembros y la consolidación del proceso de integración.

De acuerdo a su estructura asimétrica y resultando de una lógica política, el Mercosur verifica la siguiente tendencia: en cuanto los países pequeños puedan ser compensados con pagos laterales, los grandes ejercerán su poder de "veto de facto" asegurando la convergencia sobre un mínimo denominador común. Así, este "veto de facto" actúa de manera "correctiva" impidiendo la adopción de decisiones que afecten los intereses de los grandes. En el caso del Mercosur esta dinámica ha sido liderada por Brasil y Argentina, que aplican de hecho como norma el principio de reciprocidad. El Mercosur puede entenderse como un Régimen Internacional, con reglas consensuadas entre un grupo estable de actores vecinales. Por lo expuesto, es mi opinión que para un proceso de integración exitoso será decisivo la capacidad de liderazgo de los países núcleo, en los casos en donde la capacidad de decisión y acción no esté asegurada por instituciones supranacionales ni a través de procedimientos adecuados de toma de decisión. De allí que me parezca necesario en el proceso arbitral, es decir en la parte del sistema de solución de controversias del Mercosur de orientación legal, la creación de un tribunal permanente arbitral aún sin las características de supranacionalidad que tiene el modelo europeo (donde las decisiones estarían garantizadas además por un sistema de mayoría). Por esto mismo también, recibo con beneplácito la iniciativa contenida en el Protocolo de Olivos.

Sumando a lo expresado anteriormente en relación a las características de liderazgo y asimetría en el poder, se observa que los países núcleo en una integración, tal como Argentina y Brasil, tratan de evitar compromisos rígidos: su predisposición será hacia un sistema de orientación negociadora. Lo que habría que evitar es entender el patrón conflicto-cooperación de los actores estatales en términos del dilema del prisionero. No debería pensarse tampoco la solución de conflictos comerciales en términos de suma cero, sino en un cuadro de ganancias mutuas donde todos ganen en el proyecto integrador.

## **6. La reforma del sistema: el Protocolo de Olivos**

### *Procedimientos prejurisdiccionales y jurisdiccionales.*

Los procedimientos prejurisdiccionales se inician de acuerdo al Protocolo de Olivos (PO), al igual que en el Protocolo de Brasilia, con una etapa política de negociaciones directas, que en principio no podrían exceder el plazo de 15 días. Las partes, a través de la Secretaría del Mercosur (SM) debe informar al GMC sobre las gestiones y resultados de las negociaciones. En una etapa cuasijurisdiccional, se prevé un procedimiento optativo ante el GMC. Si las negociaciones directas fracasaran, las partes involucradas en la controversia pueden, indistintamente, iniciar directamente los procedimientos jurisdiccionales arbitrales o puede antes ser sometida al GMC. Si las partes en la controversia están de común acuerdo, el GMC evaluará la situación, teniendo las partes oportunidad para exponer sus posiciones y otorgándose, cuando fuere necesario, el asesoramiento de expertos. Por último, el GMC debe formular recomendaciones, que, de ser posible, serán expresas y detalladas, tendientes a la solución del diferendo.

Ahora bien, una parte ajena a la controversia puede requerir justificadamente la consideración de la misma por el GMC, que podrá formular comentarios y recomendaciones al respecto. Este procedimiento no interrumpirá el proceso arbitral que las partes en la controversia pudieren haber promovido, salvo acuerdo de las mismas. La innovación en esta instancia está dada por la supresión de la obligatoriedad de la instancia ante el GMC, que en el nuevo protocolo está prevista como preceptiva.

En los procedimientos jurisdiccionales que se inician con el tribunal ad-hoc no hubo modificaciones de mayor importancia, sino cambios menores o de sistematización.

Establece el PO que cualquier Estado parte en una controversia podrá comunicar a la SM su decisión de recurrir al procedimiento arbitral ad hoc, y ésta lo comunicará a los Estados involucrados en la controversia y al GMC. Y será también la SM quien tendrá a su cargo las gestiones administrativas que le sean requeridas para el desarrollo de los procedimientos.

El tribunal arbitral ad hoc quedará integrado por tres árbitros elegidos por las partes y en su defecto por sorteo de la SM de una lista de árbitros designados por cada Estado parte y registrada ante la misma. La innovación introducida por el PO en esta etapa está dada por la posibilidad de los Estados parte de solicitar

aclaraciones y presentar objeciones con respecto a las personas nominadas como árbitros por las otras partes. Los Estados parte en la controversia designarán sus representantes y asesores ante el tribunal y si varios Estados sostuvieren una misma posición en una controversia pueden unificar su representación y la designación de árbitros.

En el PO se establece explícitamente que el objeto de la controversia quedará determinado por los escritos de presentación y respuesta presentados ante el tribunal, no pudiendo ser ampliado posteriormente. Es decir que se establece en qué momento queda definitivamente fijado el objeto de la controversia, pero ese objeto se va conformando por las cuestiones que se fueron considerando en las etapas previas que se hubieran cumplido de acuerdo al PO o al anexo del Protocolo de Ouro Preto, y a las que hay que dar debida atención.<sup>13</sup>

Se prevé a su vez la posibilidad de que el tribunal dicte medidas provisionales a pedido de parte, estableciendo ahora el momento de su cese.

El laudo arbitral debe ser dictado en un plazo de 60 días, contados desde la aceptación del árbitro Presidente, prorrogable por 30 días por decisión del tribunal.

Una de las innovaciones más destacables del PO la constituye el Tribunal Permanente de Revisión. Integrado por 5 árbitros designados por los Estados Partes de una lista de árbitros, que, de no haber sido designados, serán elegidos por la SM por sorteo. En caso de ser sólo 2 Estados los involucrados se reducirá a tres el número de árbitros para integrar el tribunal. Dicho tribunal tendrá sede permanente en Asunción. Sin embargo el tribunal no está conformado permanentemente, pero si deben estar disponibles de modo permanente, los árbitros, para actuar cuando se los convoque. El objetivo de esta norma sería reducir costos. El tribunal permanente de revisión tiene una doble competencia: de órgano de alzada por un lado, y de órgano de única instancia, por otro.

Como órgano de alzada resuelve el recurso de revisión, el cual queda circunscripto a "las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo", es decir que no es aplicable en laudos dictados en base al principio ex aequo et bono. De acuerdo al Protocolo de Brasilia el tribunal ad hoc podía fundar el laudo arbitral en el principio ex aequo et

---

<sup>13</sup> Nótese que el Tratado de Asunción e inclusive Ouro Preto no regulan el objeto de la controversia. De allí la no uniformidad en la contemplación de ese tema en fallos diversos como por ejemplo el caso de licencia de importaciones y el caso de los cerdos.

bono.<sup>14</sup> Este recurso de revisión parecería más bien un recurso de casación, ya que el tribunal permanente puede confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del tribunal ad hoc. El laudo del Tribunal Permanente de Revisión será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del tribunal ad hoc. Las gestiones administrativas de los procedimientos quedan a cargo de la SM, informando a las partes involucradas y al GMC.

Como órgano de única instancia tiene las mismas competencias originarias de un tribunal arbitral ad hoc. Es decir, finalizadas las negociaciones directas en las controversias entre Estados, éstos pueden acordar someterse a las directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión. Los laudos del tribunal Permanente de Revisión como órgano de única instancia, serán obligatorios, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrá para las partes fuerza de cosa juzgada.

Al igual que en el régimen del Protocolo de Brasilia, el PO establece que los laudos se adoptan por mayoría. Estos deben estar fundados (no se pueden fundar votos en disidencia y existe confidencialidad de la votación y de las deliberaciones entre sus miembros).

Los laudos deben ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. Es decir, el Estado incumplidor de un laudo no queda eximido de su obligación de cumplir con éste, no obstante la aplicación de medidas compensatorias del incumplimiento.

El recurso de aclaratoria queda regulado en el PO al igual que en el PB. Éste ha sido un recurso muy utilizado en el sistema de solución de controversias del Mercosur, por su utilidad práctica, evitando futuras malas interpretaciones en los laudos.

Los laudos de los tribunales deben ser cumplidos en el plazo establecido por los tribunales respectivos, a excepción que se interponga el recurso de revisión.

Constituye también una innovación del PO el hecho que el Estado parte que debe cumplir el laudo informe a la parte beneficiada y al GMC a través de la SM sobre cuáles serán las medidas a adoptar para cumplir el laudo (en 15 días desde su notificación). De no estar de acuerdo con ellas el Estado beneficiado, por considerarlas insuficientes, deberá llevar la situación al tribunal correspondiente en 30 días, para expedirse éste último en 30 días más.

---

<sup>14</sup> El arbitraje "ex aequo et bono" es un arbitraje de equidad, de amigable composición. Los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo "en conciencia" o "según su leal saber y entender". Ex aequo et bono significa de acuerdo a lo que está bien y es justo. Ejemplo: artículo 38(2) del Estatuto de la CIJ.

Se observa así en el sistema de solución de controversias en el Mercosur medidas compensatorias que, concretamente desarrolladas a través de regímenes de ejecución, respaldan los laudos. Por la importancia que tienen las medidas compensatorias, fueron tratadas de manera más precisa en el PO que en el PB.

A un año de emitido el fallo, el Estado ganador de la controversia puede aplicar medidas compensatorias temporarias.

Es a su vez interesante lo establecido por el PO que permite abrir un proceso contencioso, para cuestionar las medidas compensatorias. Esto ocurre en dos situaciones:

1-si el Estado Parte beneficiado por el laudo aplicara medidas compensatorias por considerar insuficiente el cumplimiento del mismo, pero el Estado Parte obligado a cumplirlo estima que las medidas son satisfactorias.

2-en caso que el Estado Parte obligado a cumplir el laudo considere excesivas las medidas compensatorias aplicadas.

En ambos casos el tribunal entenderá en el tema y el Estado Parte que tomó las medidas compensatorias, deberá adecuarlas a la decisión del tribunal si ésta fuere variada.

Cabe aclarar que el tribunal se pronunciará sobre medidas compensatorias adoptadas evaluando la fundamentación esgrimida para aplicarlas en un sector distinto al afectado y la proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo (teniendo en cuenta el volumen y /o valor de del comercio en el sector afectado, todo otro perjuicio o factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias, entre otros elementos).

El PO prevé también la posibilidad de crear algunos nuevos mecanismos administrados por la CMC que pueden aplicarse preventivamente o en situaciones excepcionales y de urgencia:

a- Mecanismos expeditos para resolver divergencias técnicas: podrán ser establecidos mecanismos expeditos para resolver divergencias entre Estados partes sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes. La instancia reguladora quedó como labor de la CMC. En algunos casos de divergencias (diferencias de opiniones, no controversias) en aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes, pueden ser necesarios regímenes de resolución más breves y rápidos que posibiliten arribar a soluciones efectivas y que sin dudas constituyen acciones preventivas de una controversia.

b- Opción de foro : constituye también una innovación. Se refiere a la posibilidad, a elección de la parte demandante de elegir la jurisdicción, el Mercosur u OMC, u otros esquemas referenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados del Mercosur, y el que convengan de común acuerdo las partes en la controversia, de acuerdo a su definición en los términos del artículo14.<sup>15</sup>

c- Opiniones consultivas: el Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal de Revisión, definiendo su alcance y sus procedimientos.

d- Medidas excepcionales y de urgencia: el Consejo del Mercado Común podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las partes.

En cuanto a las disposiciones generales, el PO contiene una serie de normas genéricas que innovan o repiten las del PB o tienen por objetivo complementar algún tema ya contenido en el PB y en su reglamento. Así encontramos por ejemplo, los temas de calificación de árbitros (art. 35), costos (art.36), honorarios y demás gastos (art. 37), transacción (art.45), confidencialidad (art.46), reglamentación (art. 47), plazos (art.48), y adhesión o denuncia ipso jure.

### **CAPÍTULO III**

### **CONCLUSIONES**

#### **1. Comentarios a las innovaciones planteadas en el Protocolo de Olivos**

El nuevo régimen establecido por el Protocolo de Olivos propone mecanismos ágiles, breves, perentorios, de costo reducido y de funcionamiento automático. Presenta algunas variantes respecto al PB: aunque mantiene su estructura básica, incorpora el Tribunal Permanente de Revisión, que, en sus características duales (órgano de única instancia y de alzada) es una opción razonable para dar viabilidad, coherencia, uniformidad y certeza a los laudos y

---

<sup>15</sup> Dicho artículo trata el tema de objeto de la controversia.

1)el objeto de la controversia quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta presentados ante el tribunal arbitral ad hoc, no pudiendo ser ampliado posteriormente.

2)los planteamientos que las partes realicen en los escritos mencionados en el numeral anterior se basarán en las cuestiones que fueron consideradas en las etapas previas, contempladas en el presente protocolo y en el anexo al Protocolo de Ouro Preto.

3)los Estados partes en la controversia informarán al tribunal arbitral ad hoc en los escritos mencionados en el numeral 1 del presente artículo sobre las instancias cumplimentadas con anterioridad al procedimiento arbitral y harán una exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones.

resoluciones, facilitando el desarrollo jurisdiccional en única instancia. También otorgaría mayores garantías en la modalidad de órgano de alzada, característica poco común en los tribunales arbitrales internacionales. Es el primer órgano autónomo (sin contar la secretaría general), que se crea en el ámbito del Mercosur. Autonomía necesaria en dicho ámbito para no ser presa de los caprichos políticos de los gobiernos de turno. Autonomía que además parece no haber estado tan presente en las negociaciones del Protocolo, ya que es el resultado de una negociación política, que se hace manifiesta en algunos defectos técnicos que son producto de las diferentes posiciones e intereses de los Estados respecto de diversos temas.

Con respecto a la etapa de negociación, quienes tienen una visión más juricista y tendiente a la supranacionalidad preferirían suprimir esta etapa, pero, como también éstos admiten, nada impediría que hubiera negociaciones previas a nivel político y diplomático, es más, probablemente esto sería lo usual. Luego, la supresión de esta instancia no implicaría, de hecho, modificación alguna.

En la etapa cuasijurisdiccional del procedimiento optativo ante el GMC, aunque éste sólo debe formular recomendaciones no vinculantes, las mismas adquieren relevancia en el momento de la etapa jurisdiccional. Además de significar un procedimiento ágil que busca el acuerdo entre las partes a través de las recomendaciones, quienes se oponen a la intervención opcional del GMC, argumentan que en los hechos no produce mayores efectos que la prolongación de las negociaciones directas entre los Estados Parte involucrados. Es decir, concordamos con Saíno(2003), en que es una etapa un tanto ociosa e ineficaz porque los Estados Parte en la controversia se limitan a reiterar argumentos ya especificados durante las negociaciones directas, y los otros países no asumen funciones efectivas de mediación, no registrándose así demasiados avances en la solución de la disputa. Esto en caso de común acuerdo de las partes en la controversia. Pero puede suceder también que un Estado no parte en la controversia requiera justificadamente la consideración del mismo por el GMC. Este último mecanismo es nuevo y pretende dar la posibilidad de que el GMC se expida sobre una controversia, aún cuando sus partes no hayan recurrido al mismo o ese trámite hubiese quedado suspendido, interrumpido o frustrado.

La parte solicitante lo hace para tratar de dilucidar en el seno del GMC alguna cuestión que si bien enfrenta concretamente a determinadas Partes, puede también ser de interés para las otras. No obstante, para esto se debe justificar el

planteamiento. Ahora bien, la instancia cuasijurisdiccional optativa del GMC, puede llevar a que éste no se pronuncie por falta de consenso, aún cuando en la primera de las hipótesis, el GMC tenga que expedirse preceptivamente. La supresión de esta etapa (prevista como preceptiva en el PB), obedece al propósito de reducir al máximo la duración de las controversias. Más todavía si tenemos en cuenta que hasta el presente, en la práctica, y por motivos diversos, la intervención del GMC en estas funciones ha resultado más bien dilatoria y no ha arrojado resultados notoriamente exitosos. Se considera esta etapa como cuasijurisdiccional porque el GMC considera los términos de la controversia, juzgándola y emitiendo juicios de valor y decisiones dirigidas a las partes en conflicto para ejercer los poderes de dominio y resolución que los órganos jurisdiccionales poseen (Puceiro Ripoll, 2002).

Con respecto al procedimiento jurisdiccional en su etapa del tribunal arbitral ad hoc, la mayor novedad en el PO está dada por la posibilidad de los Estados Parte de solicitar aclaraciones y presentar objeciones justificadas con respecto a las personas nominadas como árbitros por las otras partes. Si no hay acuerdo prevalece la objeción, otorgando así la impronta de transparencia de contralor y democratización a la iniciativa.

También se establecen dos listados de árbitros: de parte y presidentes. Esta última, al ser reducida, permite dar mayor uniformidad a la normativa y a los criterios expuestos e interpretaciones, otorgando mayor continuidad a los criterios de juicio.

Como ya se mencionara anteriormente, la innovación más importante establecida por el PO es el tribunal permanente de revisión. Su sede es la ciudad de Asunción (Paraguay) fruto de la marcada presión de Paraguay al respecto. Su carácter de primera instancia fue producto de la presión uruguaya en la negociación, ya que la sostuvo como condición sine qua non para aprobar el acuerdo. La delegación argentina, que estaba en contra de la medida, aceptó incluirla en el protocolo, pero con la salvedad de la necesidad de acuerdo entre ambas partes intervinientes. Masnatta (2001) sostiene que el tribunal permanente de revisión correspondería a una instancia de casación y no de apelación, debido a que los motivos de la impugnación se limitan a las cuestiones de derecho. Finalmente, se puede decir que este carácter dual del tribunal permanente de revisión dio por resultado un régimen híbrido, que si bien poco convencional constituye un procedimiento positivo ya que posee mayores garantías de favorecer la creación y afianzamiento de un tribunal de carácter permanente.

Con respecto a los laudos arbitrales y las medidas compensatorias se puede decir que el régimen de solución de controversias llega a tener normas más de vanguardia que el régimen institucional general del Mercosur, al establecer que los laudos de los tribunales respectivos se adoptan por mayoría y no por consenso. La resolución es además inapelable y obligatoria.

El nuevo protocolo implementa mejoras en la etapa post laudo, siguiendo el modelo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) al incorporar una regulación más detallada para obtener el cumplimiento del laudo arbitral y un tratamiento más completo de las medidas compensatorias en relación con el PB (Saíno 2003). De manera similar al sistema de solución de controversias de la OMC, el PO establece medidas compensatorias temporales si en un tiempo prudencial no se adoptan las recomendaciones y resoluciones establecidas. En contraste, el PO establece el plazo prudencial en un año. Ambos sistemas de solución de controversias permiten impugnar o cuestionar las medidas compensatorias ante el tribunal permanente de revisión, quedando este tribunal habilitado al seguimiento y control de su cumplimiento. En este sentido, cabe remarcar que fueron impulsados por Argentina los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento del laudo. Esto se debió a que, en varias ocasiones, los Estados aplicaban medidas compensatorias en áreas diferentes a las del conflicto y de manera desproporcionada. Relacionado con este tema, cabe destacar que a nivel nacional la Unión Industrial Argentina (UIA) rechaza el protocolo y demanda salvaguardias automáticas en caso de incumplimiento de los laudos.

Lo cierto es que las medidas compensatorias se hacen tanto más necesarias cuando el grado de la integración se profundiza y la variedad de casos de controversia aumenta. La facultad de cuestionar medidas compensatorias y el hecho de que el Estado Parte que tomó las medidas compensatorias deba, luego del proceso de cuestionamiento, adecuarlas a la decisión del Tribunal si fueren variadas, parece acotar la facultad de adoptar "unilateralmente" medidas compensatorias. Es decir, cabría la crítica que de acuerdo al Protocolo de Brasilia, la reacción al incumplimiento de una decisión tomada en el marco multilateral se procesara en forma unilateral, con los inconvenientes inherentes a esa solución. Tomar unilateralmente medidas compensatorias conlleva el riesgo de que haya retorsiones, iniciando esto una guerra comercial perjudicial para todos los Estados miembros.

Además, sería conveniente precisar que las medidas compensatorias no necesariamente deben tener carácter comercial.

Quisiera también en estas conclusiones comentar acerca de algunos instrumentos incluidos en el Protocolo de Olivos. En cuanto a la opción de foro, uno de los puntos más criticados del PO, este procedimiento posibilita al Estado presentar la controversia en el Mercosur o en la OMC. Quienes se oponen a la opción de foro, entienden que ello conspira contra la identidad del proceso de integración del Mercosur y las controversias que surjan en su ámbito y que también pudieran ser sometidas a otros foros, no pueden tener mejor y más apropiado foro que el del propio Mercosur. Además, la facultad de elección por la parte demandante puede transformarse en la posibilidad de manejos y maniobras no deseables y distorsionantes del objetivo que posee un estricto régimen de solución de controversias. No obstante, por tratarse de un tema controvertido, en que las cuatro partes no coinciden totalmente y que puede plantear dificultades de aplicación, el PO prevé expresamente la posibilidad de que el CMC reglamente los aspectos relativos a la opción de foro (art. 1.2, párrafo tercero) lo que incluye desde el desarrollo del régimen de la opción hasta su supresión (Puceiro Ripoll, 2002)

Quienes observaron un aspecto positivo en la opción de foro, señalan que este instituto se erige en una garantía para todos los involucrados en una controversia, en razón de que una vez escogida una vía para su solución importa renunciar a la posibilidad de recurrir por la misma causa a cualquier otra. Con ello se evitará, no solamente la dilatación de los procesos sino también la amenaza de un escándalo jurídico que pudiera derivar de eventuales fallos contradictorios en diferentes sedes (Díaz Pereira, 2002). Ejemplo de ello son las dobles decisiones en una misma controversia, como ya ocurrió entre Argentina y Brasil, específicamente en las cuestiones textiles y avícolas, y que deberían ser evitadas. En el ámbito interno de nuestro país, las críticas a la opción de foro provienen de sectores diversos, como diputados, juristas, empresarios y académicos, pero para los negociadores argentinos, la opción de foro es la mejor opción en este momento, porque permite elegir, según el caso, las normas más favorables.

En conclusión, el procedimiento bajo el Protocolo de Brasilia favorecía el denominado "forum shopping" o "sistema a la carta". Por el contrario, la cláusula de opción y exclusión de foro enmarcada en el PO favorecería los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y "non bis in ídem" (que no se juzgue dos veces la misma controversia), promoviendo una mayor previsibilidad y celeridad en el

proceso. Por último, cabe señalar que el hecho de otorgar al Estado demandante la última palabra en materia de opción de foro coincide con los criterios adoptados en distintos acuerdos, conforme al derecho comparado.

Con respecto a los otros institutos incorporados en el Protocolo de Olivos, quisiera hacer notar que las opiniones consultivas fueron incorporadas al texto a instancias de Uruguay, que planteó la posibilidad de que dichas opiniones en lugar de ser solicitadas por un Estado aisladamente, sean pedidas colectivamente por los cuatro países. Paraguay insistió en sostener que las opiniones consultivas debían ser vinculantes, aunque existiría un riesgo en que aplicada la opinión consultiva solicitada por dos partes a un tercero que no la requirió, le perjudicara a este. Argentina, por su parte era partidaria, al igual que en el caso del tribunal de La Haya, de que las opiniones consultivas sean solicitadas por los órganos y no por los Estados. Díaz Pereira sostiene al respecto que las opiniones consultivas contribuyen a la celeridad procesal. Si bien no tienen carácter vinculante tendrán suficiente fuerza moral como para constituirse en un instrumento desalentador de controversias y que por su virtualidad jurídica y autoridad de la que emana, tendrá marcada influencia orientadora en el tribunal juzgador.

Finalmente, hay que aclarar que el Protocolo de Olivos deroga al Protocolo de Brasilia y su reglamento. No obstante, las controversias en trámite iniciadas de acuerdo con el régimen del PB, se regirán exclusivamente por el mismo hasta su total conclusión. El Protocolo, parte integrante del tratado de Asunción, entró en vigor el trigésimo día contado a partir de la fecha en que fue depositado el cuarto instrumento de ratificación (se exige ratificación de los 4 Estados Parte). En momentos en que se escribe la presente tesina, el Protocolo ya entró en vigencia, y se está procediendo a designar los integrantes del Tribunal Permanente.

## **2. Reflexiones sobre la supranacionalidad e intergubernamentalidad en el Mercosur.**

Con respecto al modelo supranacional o intergubernamental en debate, creo que no se puede descartar en esta reflexión la siguiente consideración: ¿Hacia dónde se encamina el Mercosur? ¿Hacia la cooperación o hacia la integración?. En la cooperación, son los Estados los que manejan las instituciones y de ellos depende el desarrollo del proceso. En la integración son las instituciones autónomas de la organización las que tienen la iniciativa y el poder para llevar adelante el proceso. La cooperación es interestatal y la integración es, en cierta manera supranacional. Sostenemos en esta tesina que al tener más poder Brasil,

éste prefiere la comunicación entre los Estados que delegar las decisiones a instituciones autónomas. Aunque simultáneamente se vea obligado a impulsar un cierto tipo de institucionalización mercosureña y afianzar el proceso de integración para lograr un mayor margen de maniobra, es evidente que prioriza la alianza estratégica en su bilateralidad con Argentina y en un marco de "cooperación " por sobre el Mercosur. Argentina, por su parte, segundo socio en importancia, se debate entre su intención de avance del proceso y sus necesidades financieras que lo distancian del mismo. Debido a esto, el impulso de la institucionalización no tiene la fuerza ni la continuidad necesaria para su conclusión. Por el contrario, Uruguay y Paraguay, al ser los socios menores, impulsan la institucionalización del Mercosur, la cual les permitiría achicar la brecha de poder existente en la relación con los socios mayores.

Dentro de las negociaciones del Protocolo de Olivos, Argentina coincidía con Brasil en que instituir un tribunal permanente sería una señal de mucha rigidez y en el espíritu del Mercosur se tiende a la flexibilidad. Por eso la propuesta argentina fue crear, no un tribunal permanente, sino una instancia de revisión. Sería muy complicado compatibilizar los intereses de los Estados miembros para definir el poder y competencia de un tribunal permanente que tienda a la supranacionalidad.

Por lo expuesto, considero que el Protocolo de Olivos es un importante salto cualitativo a partir del principio de flexibilidad que fuera tal vez apropiado a la naturaleza del Mercosur en sus inicios. Si bien con la creación de un tribunal permanente de revisión se estarían implementando ciertos rasgos de supranacionalidad, coincidimos con Bouzas (2001), en que lo verdaderamente importante para el proceso de producción de reglas no es si se trata de procedimientos intergubernamentales o supranacionales, sino cuán establecidos y creíbles son los procedimientos existentes. A lo que agregaría la necesidad de reglas que penetren en la realidad, de manera tal que sean representativas del sistema que deben proteger, identificándose así los intereses comunes y acortándose la brecha entre lo jurídico y lo político.

### **3. Reflexiones sobre negociación y legalidad**

Si aceptamos como cierta la preferencia de los fuertes en relación a lograr una solución negociada y política por sobre una resolución jurídica (ya que aleja de su dominio las posibles soluciones) en los conflictos comerciales, se pone de manifiesto que la dualidad negociadora-legalista incluida en el sistema de solución

de controversias del Mercosur no hace más que plasmar estas preferencias generales de los gobiernos. Obviamente, el sistema de orientación legal puede despejar riesgos al sector privado y contribuir a la predecibilidad de las relaciones comerciales allí donde un sistema de negociación podría afectar sus intereses. Sin embargo, como ya se ha dicho, los sistemas de negociación aparejan beneficios a los gobiernos en términos de otorgarles flexibilidad para resolver problemas domésticos aunque, paralelamente, requieran de un fuerte compromiso político que transmita la voluntad de hacer funcionar el sistema de solución de controversias vigente, respetando las decisiones que de él surjan.

#### **4. Reflexiones finales**

Si bien la originalidad pura no es aplicable a ningún sistema institucional, es mi opinión que importando sistemas institucionales de otras iniciativas no se puede reflejar fiel y adecuadamente la realidad autóctona, derivando entonces en una falta de "representatividad" del mecanismo institucional. Lo más adecuado, desde mi humilde perspectiva, es, aún reconociendo las asimetrías de poder, intentar avanzar, si bien no hacia la supranacionalidad, hacia un sistema de negociación que en alguna instancia prevea la votación.

La intergubernamentalidad en nuestro modelo de integración parecería, de acuerdo a la tendencia de su uso (repetimos: poco uso de los tribunales arbitrales comparado con el uso intensivo de las consultas en la Comisión de Comercio que es intergubernamental) convalidar la distribución del poder en el Mercosur, desde ya, asimétrica. Por lo expuesto, considero que la flexibilidad que pretende priorizar un sistema de solución de controversias intergubernamental se podría canalizar a pesar de la creación de un tribunal permanente (no supranacional). Es decir, sumando a esta modificación una maduración real en la elaboración de la normativa común, se alcanzaría la garantía óptima e insustituible para darle la transparencia necesaria a esa nueva estructura institucional. Dentro de este marco, la mayoría como forma de toma de decisión en las instancias previas sería una estrategia adecuada a seguir.

Los cambios que introduce el Protocolo de Olivos, si bien son un avance hacia la profundización en la estructura institucional del Mercosur, no dan cuenta de manera exhaustiva de las falencias que aún tiene el sistema. Desde luego, me refiero a la solidez institucional que, como pacto explícito, un régimen

internacional que se acompaña de un sistema de solución de controversias eficaz, debe sustentar.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### ***Referencias bibliográficas***

ABIODUN, Williams (1992), *Many voices. Multilateral negotiations in the world arena*. Westview Press. Oxford.

ALADI-FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA (2003), *Jornada académica sobre el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*, del 10 de junio de 2002. Aladi. Montevideo.

ALESSANDRINI, Sergio (1995), *Trasformazione istituzionale, allargamento ed approfondimento dell'Unione Europea: Impatto sulle relazioni con il Mercosur*. Presentado en el IV Euro Latin American Forum Author's Conference Political and Economic Cooperation between the European Union and the Mercosur. Montevideo, 7-8 de diciembre.

ALMEIDA, Paulo Roberto (1993), *O Mercosul no contexto regional e internacional*. Aduaneiras. Sao Paulo.

ATTINA, Fulvio (1994), *L'evoluzione politico-istituzionale della Comunità / Unione Europea*. Ponencia presentada en Seminario Unione Europea e Mercosud: Il disegno istituzionale nei processi di Integrazione regionale. Camera di Commercio. Milano, 11-12 ottobre.

BIANCHI, Patrizio (1998), *Construir el mercado. Lecciones de la Unión Europea: El desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad*. Universidad Nacional de Quilmes.

BLANCO, Juan Carlos (2000), *Solución jurisdiccional de controversias en el Mercosur*. Montevideo.

BOUZAS, Roberto - FANELLI, José María (2001), *Mercosur: Integración y crecimiento*. Fundación OSDE. Buenos Aires.

BOUZAS, Roberto – SOLTZ, Hernán (2001), "La formación de instituciones regionales en el Mercosur", en CHUDNOVSKY, Daniel- FANELLI, José María (compiladores), *El desafío de integrar para crecer*. Red Mercosur/Siglo veintiuno/Bid. Buenos Aires.

BOWETT, D.W (1983), "Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes", en *Recueil des Cours, collectes courses of The Hague Academy of International Law*, II. Tomo 180. Martinus Nijhoff Publishers. La Haya.

BRANCO, Luziella Giardino B. (1997), *Sistema de solução de controvérsia no Mercosul*. Ltr.Editorial Ltda. Sao Paulo.

COLAIACONO, Juan Luis (1982), *Comercio exterior y negociaciones internacionales. Textos y casos*. CDI (Ed. Centro de Documentación e información andina). Lima.

COLAIACONO, Juan Luis (1987), *Técnicas de negociación. Textos y aplicaciones prácticas en el campo internacional*. Ed. OEA. Río de Janeiro.

DELICH, Valentina (2001), *La solución de controversias en el Hemisferio. Experiencias y estadísticas*. Working Paper N 11, LATN-FLACSO, Buenos Aires.

DELICH, Valentina (2002), *Relanzamiento del Mercosur: Evaluación y propuestas para el fortalecimiento institucional*. Estudio realizado en el marco del convenio FLACSO- Secretaría de Industria y Comercio. Mimeo. Septiembre.

DÍAZ DE VELASCO, Manuel (1995), *Las organizaciones internacionales*. Ed. Tecnos. Madrid.

DÍAZ PEREIRA, Roberto (2002), "El Protocolo de Olivos: algunas reflexiones sobre los institutos que deben ser objeto de reglamentación específica", en *Cuaderno de Negocios Internacionales e Integración*. Año VIII, número 36-40. Universidad Católica de Uruguay. Montevideo.

DOUGHERTY, J-PLATZGRAFF (1993), *Teorías en pugna en las relaciones internacionales*. GEL. Buenos Aires.

HAAS, ERNST B. (1996), *Partidos políticos y grupos de presión en la integración europea*. Bid-Intal. Buenos Aires.

HELLER, HERMAN, *La sovranità*

HIRST, MÓNICA (1995), *La dimensión política del Mercosur: Actores, politización e ideología*. FLACSO. Buenos Aires.

HOYOS, RUBÉN J. DE, "¿Hacia un nuevo concepto de soberanía? Soberanía y psico soberanía, su evolución en América Latina", en *Revista Geopolítica*. Buenos Aires.

KRASNER, R. F. (1983), *International Regimes*. Cornell University Press. Ithaca.

LAVAGNA, ROBERTO(1998), *Argentina, Brasil, Mercosur: Una decisión estratégica*. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires.

LIPOVETSKY, DANIEL (2001), "Solución de controversias comerciales en el Mercosur", en *Archivos del Presente*. Número 26. Buenos Aires.

MASNATTA, HÉCTOR (2001), "Perspectivas para el sistema definitivo de solución de controversias en el Mercosur" en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, número 5, año 6.

MORAVCSIK, ANDREW (1991), "Negotiating the single european act: National interest and conventional state craft in the European Community", en *International Organization*, número 45.

MORAVCSIK, ANDREW (1993), "Preferences and power in the European Community: A liberal intergovernmentalist approach", en *Journal of Common Market Studies*. Número 31.

MORAVCSIK, ANDREW (1998), *The choice for Europe, social purpose and state power from Messina to Maastricht*. Cornell University Press. Ithaca.

NARLIKAR, AMRITA-WOODS, NGAIRE (2000), *International trade and the emergence of new inter- state coalitions in services*. University of Oxford.

NORTH, DOUGLAS C. (1998), *La teoría económica neoinstitucionalista y el desarrollo latinoamericano*. PNUD - Instituto internacional de gobernabilidad. Barcelona.

PEÑA, FÉLIX (1998), "Aspectos institucionales, mecanismos para la seguridad y la eficacia", en *Revista Encrucijada*. Buenos Aires.

PODESTÁ COSTA, L. A – RUDA, J. M. (1985), *Derecho Internacional Público*, T II. TEA. Buenos Aires.

PUCEIRO RIPOLL, ROBERTO (2002), "El Protocolo de Olivos y el régimen de solución de controversias", en *Cuaderno de negocios internacionales e integración*. Año VIII, número 36 – 40. Universidad Católica de Uruguay. Montevideo.

SAIEGH, S. – TOMASSINI, M (compiladores) (1998), *La nueva economía política: Racionalidad e instituciones*. EUDEBA. Buenos Aires.

SAÍNO, ANA (2003), *Nuevos desarrollos jurídico- institucionales en el Mercosur*. Monografía, Universidad Nacional de Córdoba.

SEITZ, ANA MIRKA (1995), *Mercosur: Nuevas oportunidades, controversias y soluciones*. Fundación del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, Instituto de Comercio Exterior, Fundación Juan Pablo Viscardo. Buenos Aires.

SHAPIRO, MARTIN- STONE, ALEC (2002), *On law, politics, and judicialization*. Oxford University

STANCANELLI, NÉSTOR (1996), *Negociaciones comerciales multilaterales: antecedentes y elementos para el diseño de estrategias negociadoras*. Ponencia presentada en la Tercera Conferencia de la Unión Industrial Argentina. Mar del Plata, 28 y 30 de agosto.

TUSSIE, DIANA-LABAQUI, IGNACIO-QUILICONI, CINTIA (2001), "Disputas comerciales e insuficiencias institucionales" en CHUDNOVSKY, DANIEL- FANELLI, JOSÉ MARÍA(compiladores), *El desafío de integrar para crecer*. Red Mercosur/Siglo XXI/BID. Buenos Aires.

UNCETABARRENECHEA LARRABE, JAVIER (2003), *Límites y posibilidades de las relaciones internacionales para el estudio de los procesos de integración*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional: América Latina, integración y globalización.

ZARTMAN, WILLIAM-BERMAN, MAUREEN (1992), *The practical negotiator*. Yale University Press.

#### **Fuentes, documentos oficiales:**

- Protocolo de Brasilia de 1991 para la solución de controversias.
- Reglamento del Protocolo de Brasilia –Dec. CMC número 17/98.

- Protocolo de Ouro Preto de 1994.
- Protocolo de Olivos de 2002.