

## **“SOLUCIONES DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR Y EN EL DERECHO COMPARADO”**

*por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini*

*Resumen de la conferencia pronunciada en nuestro Colegio, el día 8/09/99.-*

Un proceso de integración voluntario y de derecho, como es el del MERCOSUR, se perfecciona cuando al mecanismo de concertación y de decisión se le añade un **mecanismo jurisdiccional** que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e interprete, en última instancia, las normas jurídicas de la integración.-

El proceso de integración americana se caracteriza por la tendencia al establecimiento “ab initio” de sistemas ágiles y flexibles de **solución de controversias**.-

**El arbitraje**, en la integración del MERCOSUR actual, es un instrumento condicionante del proceso integracionista y un arma de acción integradora.-

**El árbitro** debe de ser de **confianza de las partes** y por ellas libremente elegido, a través de una “convención de arbitraje” que incluya una “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral”.-

La solución de controversias en el MERCOSUR está legislada por el **“Protocolo de Brasilia”** del 17/12/91 y por el **“Protocolo de Ouro Preto”** del 17/12/94.-

En el MERCOSUR están surgiendo iniciativas para la creación de Tribunales Arbitrales de cuño comunitario y de iniciativa institucional privada, destinados a la resolución de conflictos por medio del arbitraje “de iure”. Como ejemplos cabe destacar el “Tribunal Permanente de Conciliación y Arbitraje” (T.P.C.A.) que será de derecho y de instancia única de arbitraje y conciliación, su reglamento fue elaborado por los “Colegios y Ordenes de Abogados del MERCOSUR (COADEM)” en Curitiba el 3/09/95. Otro ejemplo es el “Tribunal Internacional de Conciliación y Arbitraje del MERCOSUR” (TICAMER) surgido en 1993 en Argentina, contando con la asistencia de la “Cámara Internacional de Comercio del MERCOSUR”; y, por último, el “Tribunal de Arbitraje Institucional del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora” (T.A.I.C.A.L.Z.) en funcionamiento desde 1998 y una de cuyas Salas es de “Derecho Comunitario. MERCOSUR”.-

La supremacía de los tratados internacionales respecto de la ley interna estatal está receptada en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969, la que fue ratificada por los cuatro Estados miembros del MERCOSUR.-

No existen en el MERCOSUR normas que regulen en forma integral el arbitraje internacional entre particulares, sí los están entre Estados y entre estos y un particular.’

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá del 30/01/75, debe de ser considerada el instrumento base en lo que se refiere al arbitraje comercial internacional entre particulares en el ámbito del MERCOSUR, no obstante mientras que un Estado parte no haya hecho suya la posición del particular, la acción de éste último terminará en un dictamen técnico sin valor obligatorio.-

El **proceso de integración** del MERCOSUR para garantizar plenamente la solución de controversias entre los Estados miembros, entre un Estado y un particular o entre particulares, requiere avanzar hacia la existencia de un derecho comunitario que tenga **prioridad jerárquica** sobre el **derecho interno** estadual, el que será dictado e

interpretado por **organismos específicos** e independientes de **carácter supranacional**. Esto significa que se debe llegar a la firma de un **nuevo tratado cuadro** que revitalice el **Tratado de Asunción** y que institucionalice a esta unión aduanera creando un **cuerpo deliberativo**, bicameral, hacedor de la ley comunitaria, con representación de los ciudadanos del MERCOSUR y de los Estados miembros; un organismo que **interprete** esa ley, ya sea un **Tribunal de Justicia o Arbitral**, cuyas decisiones serán aplicadas por los jueces estatales; y, un **cuerpo ejecutivo** que integrarán los Jefes de Estado.-

El derecho que rijan a la comunidad debe de dar garantía de que las **cargas y beneficios** del proceso de integración serán **distribuidos equitativamente** entre todos los participantes, sin que predominen los intereses de los Estados más fuertes, ni tampoco de los socialmente más poderosos, sino que éste proceso debe de estar dirigido a beneficiar a todos los sectores sociales de cada uno de los Estados miembros del Mercosur **por igual**.-

La armonización de la legislación sobre los medios de solución de controversias entre los Estados miembros del MERCOSUR y los particulares, en especial el arbitraje, tendrá sus **límites** en los **finés** de la **integración**.-

El proceso de armonización de la legislación procesal atinente a la resolución de conflictos a través del arbitraje servirá para impulsar a los Estados integrantes del MERCOSUR a **revertir** su legislación interna de fondo y de forma, perfeccionando ya sea la ley o los organismos de aplicación, de tal modo que faciliten la creación de Tribunales Arbitrales Supranacionales, cuyos laudos sean de **cumplimiento obligatorio** para los **Estados miembros** y los **particulares**, **ejecutando** dichos laudos los **Jueces internos** de dichos Estados.-

El proceso de integración del MERCOSUR requiere de un mecanismo jurisdiccional o sea de un **Tribunal de Justicia institucionalizado**, que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e interprete, en última instancia, las normas jurídicas de la integración, impulsando el proceso integrador, con total independencia de los demás órganos comunitarios e integrado por jueces probos que puedan dictar normas realmente **fieles** (porque describen con acierto el contenido de la voluntad de sus autores), **exactas** (porque se cumplen) y **adecuadas** (porque los conceptos empleados y los cambios en la realidad que producen -generando **materializaciones**- sirven a los fines de sus autores).

Este Tribunal aportaría **seguridad jurídica y estabilidad** al proceso de integración; favorecería al fortalecimiento de la **supranacionalidad** y a la reafirmación del **principio de supremacía** o de **prioridad jerárquica** del derecho de la integración sobre las normas nacionales que pudieran contradecirlo; aseguraría el **control de legalidad** independiente de los Estados socios y de los otros órganos comunitarios legislativos o ejecutivos; aseguraría la **interpretación final uniforme y la aplicación de las normas de la integración**, otorgando seguridad jurídica al proceso; sería **permanente** y no **ad-hoc** como el Tribunal Arbitral previsto en el Protocolo de Brasilia; permitiría llevar a la contraparte a una **instancia jurisdiccional obligatoria** asegurándose un **resultado justo**; otorgaría a las partes **una instancia superior** que no significaría una Corte Supranacional por sobre las Nacionales, que intervendría ante actos y normas **comunitarios** reconociendo que el primer Juez del caso será siempre un órgano jurisdiccional nacional; sus sentencias serían **obligatorias, inapelables y definitivas**; tendría competencia para entender en **todo tipo de conflictos** y además **competencia consultiva** como **recurso prejudicial**; daría **acceso a la justicia**, a los

**particulares**; y, por último, otorgaría **seriedad** y **consolidación** al proceso de integración.-

El MERCOSUR debe de contar también con **Tribunales Arbitrales estables y permanentes** que coexistan con el Tribunal Jurisdiccional Supranacional siendo los primeros **institucionales** patrocinados por entidades representativas de la comunidad y el segundo, órgano oficial creado por los Estados integrados en el tratado marco o Protocolo especial al respecto. Contaría así el proceso de integración con las ventajas del arbitraje, que son **celeridad, plasticidad procesal, economía, especialidad** ya que los árbitros serían abogados especializados en derecho de la integración, **confianza** de las partes en el árbitro o Tribunal Arbitral acordado por ellas en la **cláusula compromisoria** para resolver sus conflictos e **inmediatez** entre el árbitro, las partes y el proceso; conjuntamente con las ventajas de un órgano administrador de justicia supranacional que son el **imperium, la permanencia** de los **jueces, su continuidad e inamovilidad**, su **neutralidad política**, la existencia de una **jurisprudencia firme y exigible**, que fije las reglas pretorianas del derecho comunitario que marquen el ritmo de la integración e interpreten el incipiente derecho comunitario con total **independencia** de los **órganos** que lo **dictan y ejecutan**. No puede avanzar un proceso de integración sin un **organismo arbitral o jurisdiccional** que **dirima** los conflictos y las disputas que surjan de la divergente interpretación de las normas por parte de los Estados socios integrados y de los particulares en sus conflictos entre sí o con un Estado miembro.-

*Síntesis:* El MERCOSUR, que enfrenta una profunda crisis, si aspira a integrarse en un proceso superior, como es en un **Mercado Común** o más aún en una **Unión Aduanera plena**, deberán los Estados miembros negociar un nuevo **tratado cuadro, tratado marco o tratado constitución**, que acoja al **Tratado de Asunción** y a los **Protocolos** dictados en su consecuencia, los perfeccione con la experiencia adquirida aquí y en el derecho comparado comunitario, introduciendo el nuevo concepto de **supranacionalidad**; dándole al derecho de la integración **prioridad jerárquica** sobre el derecho de los Estados socios; concibiendo a la **soberanía** más como una **competencia** que como un poder del Estado, que proteja además del interés nacional el **interés comunitario; institucionalizando** el proceso con órganos independientes, autónomos y con funciones bien definidas, en especial **creando tribunales institucionales** de solución de controversias estables, integrados por **hombres del derecho** especializados en integración, coexistiendo también con **tribunales arbitrales** creados por **instituciones** que nuclean a profesionales en ejercicio de la ciencia jurídica, que garanticen en especial a los **particulares** que los pacten a través de **cláusulas compromisorias**, la resolución de los conflictos que se planteen en la comunidad por problemáticas **integracionistas** con otro particular, con un Estado socio o entre Estados, teniendo siempre presente que la integración no tiene su **fin en sí misma**, sino que es un **medio** para alcanzar con **equidad** y **justicia** el desarrollo integral de una región, el **bien común** para todos los que la integran y consecuentemente la ansiada **paz social** de los pueblos integrados hacia el progreso.-