



ISSN: 2789-2662

APORTES ACADÉMICOS

Nº6
Abril 2022

Brenda Maffei



MERCOSUR

TPR

Tribunal Permanente
de Revisión

Secretaría del
Tribunal Permanente de Revisión

APORTES ACADÉMICOS

Nº 6
Abril 2022



Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión
Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho
www.tprmercosur.org



FICHA CATALOGRÁFICA

341.2458 Maffei, Brenda
M187 l

El Laudo 1/2012: Análisis desde una perspectiva sistémica/
Brenda Maffei. Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente
de Revisión, Centro Mercosur de Promoción de Estado de
Derecho, 2022. 25 p.; 22,4 x 15,4 cm. (Aportes académicos: n°6)

ISSN: 2789-2662

DOI: <http://doi.org/10.16890/aportes.n.6.2022>

1. Derecho internacional. 2. Arbitraje internacional. 3. Tribunal
Permanente de Revisión. 4. Mercosur. I. Título. II. Autor



Bajo términos de licencia Creative commons 4.0
Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión
Asunción, República del Paraguay, 2022

La reproducción total o parcial de esta publicación es autorizada siempre que se cite la fuente.

La información contenida en la publicación es responsabilidad exclusiva del autor/es de la misma.

TABLA DE CONTENIDO

7	Introducción
10	1. La función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica
12	2. La función sistémica del TPR en el Mercosur
14	3. Antecedentes de la controversia
16	4. Decisión del Tribunal y análisis de los tres elementos propuestos
21	5. Consideraciones finales
22	6. Referencias bibliográficas

PRESENTACIÓN

Es una publicación digital editada por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, elaborada por el Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho (CMPED) y la biblioteca institucional.

Espacio que tiene la finalidad divulgar trabajos académicos y que presentan un aporte muy valioso. Difunde conocimientos generados por profesores, investigadores y operadores jurídicos, a través de trabajos inéditos que contribuyen a la academia.

El sexto número de la serie “Aportes académicos” presenta el manuscrito de la Dra. Brenda Maffei, quien realiza su aporte sobre el trabajo realizado por los árbitros del TPR en el laudo 1/2012 desde una perspectiva sistémica y que en su opinión provocó un ajuste y aporte para consolidar el sistema de solución de controversias existente y en el bloque de integración Mercosur.

La Secretaría del Tribunal agradece a la autora e invita a más profesionales del derecho y de la integración a contribuir con este espacio.

Dr. Juan Manuel Rivero Godoy
Secretario del Tribunal Permanente de Revisión

EL LAUDO 1/2012: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA SISTÉMICA

Brenda Maffei¹



Introducción

El objetivo de este aporte académico es apuntar las principales contribuciones para la consolidación del mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR (considerándolo como un subsistema) y, en consecuencia, para el proceso de integración del MERCOSUR, (considerándolo como un sistema), que derivaron del Laudo 1/2012 emitido por el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) con motivo de una medida de urgencia planteada por la República del Paraguay con relación con la suspensión de su participación en los Órganos MERCOSUR y la incorporación de Venezuela como miembro pleno.

Como se puede observar del párrafo anterior, fueron utilizados los términos sistema y subsistema para designar al proceso de integración del MERCOSUR y al mecanismo de solución de controversias, respectivamente. En este sentido, cabe advertir que este trabajo parte de una perspectiva de análisis sistémica. Así, con las lentes del pensamiento sistémico puestas, el MERCOSUR puede ser considerado como un sistema abierto con autonomía limitada. En primer lugar, el MERCOSUR puede caracterizarse como un sistema porque: (I) tiene una estructura consolidada, (II) tiene su propia funcionalidad; (iv) puede mantener su propia organización; (v) tiene un proceso de toma de decisiones.

* Funcionaria Técnica del área jurídica del Tribunal Permanente de Revisión (TPR). Doctora en Ciencias Jurídicas por el Programa de postgrado en Derecho de la Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil (UFSC) becaria CAPES PEC-PG. Magister por el Programa de Postgrado en Derecho de la Universidade Federal de Rio Grande do Sul (URFGS) Becaria CAPES. Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Contacto: bmaffei@tprmercosur.org <https://orcid.org/0000-0003-1643-0243>

No se puede considerar un sistema cerrado porque no funciona o, en otras palabras, no está determinado únicamente por las condiciones iniciales de su funcionamiento. Si esto fuera así, no habría cambios en su estructura y su propósito podría lograrse sin realizar cambios en la misma. Los cambios que operan en el sistema son provocados, esencialmente, por elementos externos al mismo, como, por ejemplo, por los cambios que operan en los gobiernos, especialmente en el Poder Ejecutivo de los Estados. Estas influencias externas se deben principalmente al hecho de que la estructura del sistema se diseñó para configurarse con autonomía limitada, es decir, no para operar sobre la base de sus propios mecanismos operativos. En términos político-institucionales, esta limitación de la autonomía se observa fundamentalmente en el hecho de que los órganos que toman de decisiones dentro del sistema están compuestos por funcionarios de los Estados partes.

Por otro lado, si consideramos el mecanismo de solución de controversias creado en el MERCOSUR como un subsistema, es importante resaltar que el rol de los árbitros, al decidir sobre una controversia en particular es colocar fin a un conflicto entre partes, sin embargo, puede afirmarse que, aunque la decisión solo tiene formalmente efecto y es de obligatorio cumplimiento para los Estados partes en la controversia, esta también tiene el efecto de interpretar aspectos cruciales del proceso de integración del MERCOSUR en general y del Derecho de Integración aplicado al MERCOSUR, en particular. Los Árbitros actúan como verdaderos intérpretes de la normativa en el proceso de integración determinando cuáles son los principios que rigen el proceso y, desde una perspectiva sistémica, llevan a cabo un trabajo de ajuste y adaptación del sistema.

En este caso, puede asemejarse la labor de los árbitros a la que realizan los jueces dentro de un sistema jurídico interno. Desde un análisis sistémico del Derecho, debe indicarse la importancia fundamental en la interpretación que hacen los jueces para provocar un ajuste y adaptación del sistema. Los jueces, cuando aplican una norma al caso concreto, además de resolver ese caso, realizan un trabajo de ajuste y adaptación del sistema. Al interpretar la ley, existe una flexibilidad en el sistema motivado por las contingencias del entorno (social, política, económica e incluso ecológica). O bien el juez aplica la norma, sin realizar ninguna reinterpretación, o la aplica reinterpretándola, dando así un nuevo significado y un nuevo criterio. En el primer caso, el sistema se retroalimenta con otro “precedente” que constituye lo que se

llama jurisprudencia. En el segundo caso, significa que las circunstancias del entorno externo (político, económico, sociológico, etc.) han desempeñado un papel decisivo en la modificación de la apreciación de los hechos y las normas.

En el caso del MERCOSUR, se observa la relevancia del papel de los árbitros de los Tribunales Ad Hoc y, especialmente, del Tribunal Permanente de Revisión, por su carácter de ser el último interprete del Derecho que rige el proceso de integración, al momento de decidir una controversia específica. Subyace en esta actividad específica, la labor de introducir, dentro del sistema, nuevos criterios de interpretación de este Derecho. Esta labor resulta de mayor importancia, considerando que el mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR se encuentra en constante desarrollo desde la creación del MERCOSUR con el Tratado de Asunción en 1991 y la implementación de un mecanismo de negociaciones directas para solucionar controversias, pasando por la posibilidad de creación de Tribunales Ad Hoc, a partir de la adopción del Protocolo de Brasilia en el mismo año y, posteriormente, con la aplicación del Protocolo de Olivos en 2002 que crea el Tribunal Permanente de Revisión.

Teniendo como base esta perspectiva sistémica brevemente reseñada, este aporte apunta a analizar las principales interpretaciones que realizaron los árbitros en el Laudo 1/2012 que provocaron un ajuste y adaptación del sistema y que puede considerarse que sirven como un aporte para la consolidación del mecanismo de solución de controversias en particular, y para el proceso de integración del MERCOSUR, en general.

Específicamente se trata de tres cuestiones fundamentales:

(I) la competencia en razón de la materia del TPR y, específicamente, la relación entre el Protocolo de Ushuaia (PU) y el Protocolo de Olivos (PO),

(II) Los aspectos procesales relativos a la utilización de medidas de urgencia y de acceso directo al TPR y

(III) la interpretación del Artículo 25 del Protocolo de Olivos sobre adopción de laudos, cuestión que se trata de forma explícita en el Laudo, pero que se puede inferir a partir del hecho de que se hizo explícita la opinión minoritaria.

La organización de este aporte sigue una metodología que va desde lo general a lo específico. En un primer momento se apunta a los elementos que configuran la función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica, para luego centrarse en la función del TPR. Seguidamente se analiza el laudo objeto de este aporte

1. La función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica

Siguiendo a Millan², preguntarse al respecto de la función jurisdiccional, desde una perspectiva sistémica, implica observar, en contraposición a lo que ocurre con un proceso judicial (que representa las actividades relacionadas y ordenadas que ocurren en un caso judicial), el papel que posee la judicatura en relación con otros aspectos de la vida social. En otras palabras, es hacersela pregunta fundamental: ¿Qué es lo que hacen los jueces? ¿Sólo solucionan conflictos entre las partes con sus sentencias o realizan algo más en nuestro sistema social?

Eugenio Bulygin, si bien no manifiesta seguir explícitamente una perspectiva sistémica, se ocupó de esta cuestión al preguntarse y analizar la cuestión sobre si los jueces crean derecho y agrupó la respuesta en tres corrientes: (a) una teoría tradicional que sostiene que el Derecho (conjunto de normas generales) es creado por el legislador y los jueces se limitan a aplicar el derecho a casos particulares, (b) una teoría que sostiene que el derecho es un conjunto de normas generales e individuales y que los jueces crean derecho porque crean normas individuales y (c) otra teoría que sostiene que los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales³.

De las tres perspectivas planteadas por el autor todo parece indicar que la primera de ellas es la que más se aproxima a la idea de un sistema cerrado: *“El que las normas generales solucionen todos los casos y lo hagan en forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir del juez que se limite a la mera aplicación de esas normas, sin introducir modificaciones o cambios en las normas generales”*⁴. En este sentido, el derecho es un sistema

² MILLÁN, Tomás Austin. Fundamentos sociales y culturales de la educación. Chile: Editorial Universidad Arturo Prat, 2000

³ BULYGIN, Eugenio. “Los jueces ¿crean derecho?” [en línea] *ISONOMÍA*, abril 2003, n° 18. Disponible en: <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-o/>>

⁴ BULYGIN, Eugenio. Op. cit., p.9.

completo y coherente en donde el juez aplica la norma sancionada por el poder legislativo. El segundo caso, sigue siendo un sistema cerrado, con la diferencia de que se considera que el juez también crea derecho con sus sentencias, lo que, en este caso, serían normas individuales⁵. La última de las posturas, que es la que sostiene el autor, es la que más se aproxima a la concepción de un sistema abierto. En este sentido, se sostiene que los jueces también crean normas generales cuando: (a) existen acuerdos plenarios de las cámaras de apelaciones o ciertas sentencias del tribunal supremo, (b) cuando se ven obligados a crear normas generales cuando se enfrentan a casos de lagunas o contradicciones normativas o en caso de lagunas axiológicas⁶.

¿Cuál sería, entonces, el carácter de estas normas generales creadas por los jueces en contraposición a las creadas por el Poder Legislativo? (a) no obliga, en principio, a otros jueces, (b) crea un precedente que si es seguido crea una jurisprudencia uniforme adquiriendo un carácter obligatorio. En este sentido Bulygin sostiene que: *“cuando hay normas generales que correlacionan un caso genérico con dos o más soluciones incompatibles, el caso individual no puede ser resuelto por el juez sin modificar las normas existentes⁷. La técnica usada normalmente por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto y en no aplicar la norma menos importante. Esta operación equivale o bien a una derogación parcial de una de las normas en conflicto (al introducir en ella una excepción), o bien a su derogación total⁸”*.

Así, realizando una conexión con las definiciones efectuadas en el punto 1 de este trabajo, desde las nociones de retroalimentación o *feedback* se puede decir que los jueces, cuando aplican una norma al caso concreto, realizan un trabajo de ajuste o adaptación del sistema⁹. Si el juez aplica la norma

⁵ Sostiene que, por lo tanto, la diferencia entre la función del legislador y la del juez es, según Kelsen, sólo cuantitativa: el juez suele estar más limitado que el legislador, pero ambos crean derecho dentro del marco establecido por la norma superior (la constitución en el caso del legislador y la ley en el del juez).

⁶ BULYGIN, Eugenio. Op. cit., p.24.

⁷ Según las definiciones dadas por Bulygin: **Caso genérico** es una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales). **Caso individual** (evento concreto ubicado en tiempo y espacio, cuyos protagonistas son individuos) **Solución genérica** tipos o clases de acciones caracterizadas normativamente (como obligatorias, prohibidas o permitidas) **Solución individual** actos u omisiones realizados por individuos determinados, localizados espacial y temporalmente, calificados como obligatorios, prohibidos o permitidos. **Normas generales** como expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las **Normas individuales** como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual.

⁸ BULYGIN, Eugenio. Op. cit., p.25.

⁹ Grün, Ernesto. “Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI” México: Instituto de investigaciones

general en un caso individual para solucionar un caso individual el sistema se retroalimenta con un precedente más, que confirma la vigencia de la norma general, por el contrario, cuando existen lagunas o contradicciones normativas o en caso de lagunas axiológicas, el juez se valdrá de elementos externos (por ejemplo, el Derecho comparado, decisiones judiciales de otras jurisdicciones que solucionaron un caso con similares características, valores como la equidad, etc.,) retroalimentando al sistema con una nueva interpretación, que no existía hasta ese momento. Como afirmado más arriba, este trabajo de ajuste o adaptación que realiza el juez, podrá ser seguido por otros jueces, para el caso de que exista un caso individual llevado a sus estrados de similares características, además podrá también, provocar, en algunos casos, cambios en las normas generales tendientes a establecer soluciones genéricas en el futuro.

2. La función sistémica del TPR en el Mercosur

El TPR forma parte del denominado Mecanismo de Solución de Controversias del MERCOSUR que, utilizando una definición más acorde con la perspectiva de este trabajo, puede denominarse sistema de solución de controversias. A su vez, este sistema de solución de controversias, si consideramos al Mercosur como un sistema mayor, puede ser considerado un subsistema, o sea, un conjunto de elemento interrelacionados que, en sí mismo, es un sistema, pero a la vez es parte de un sistema superior.

Los subsistemas también poseen una función que, evidentemente, tiene que corresponder con el propio objetivo del subsistema y, a su vez, con el objetivo del sistema mayor.

Los objetivos de este subsistema pueden encontrarse tanto en el Protocolo de Brasilia (originariamente) como en su sucesor el Protocolo de Olivos. En el primer instrumento ya se indicaba que los objetivos del subsistema eran: *“disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado Tratado y de las disposiciones que de él deriven”* y *“contribuir al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad”*. Por su parte, el Protocolo de Olivos marca como objetivos: *“garantizar la correcta interpretación, aplicación y*

jurídicas, LexisNexis, 2006, p.70. [en línea]. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11231>

Brenda Maffei

cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática”.

La intención de este breve análisis no abarca al sistema de solución de controversias completo, sino que, focaliza en el TPR que es una instancia permanente, de actuación y reunión ante la convocatoria concreta, para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de Integración, que puede entender en primera y única instancia o bien como tribunal de alzada a pedido de un Estado Parte involucrado en una controversia respecto de la aplicación del derecho en un pronunciamiento anterior de un TAH (arts. 19, 23 y 17 PO¹⁰) .

Como se puede observar, el TPR funciona como última o única instancia de interpretación de la normativa del Mercosur, en caso de que se haya sometido una controversia en el sistema de solución de controversias o se haya presentado una opinión consultiva.

No existe en el Mercosur una función jurisdiccional obligatoria, pero sí existe una obligación de cumplir el Laudo, en caso de que los Estados hayan decidido someter la controversia dentro del sistema Mercosur¹¹ .

El TPR está conformado por árbitros (titulares y suplentes) designados por cada Estado-parte que tiene como función decidir sobre las controversias, las opiniones consultivas o las medidas de urgencias sometidas ante ellos. Los árbitros pueden durar en su cargo hasta seis años, pero tienen mandato de dos años renovables por dos periodos más de igual cantidad. Así como sucedía con la función jurisdiccional, dónde nos preguntamos si la actividad de los jueces se reducía a solucionar casos individuales, en este sentido, también nos preguntamos si los árbitros, considerando la perspectiva sistémica brevemente desarrollada hasta aquí, sólo se encargan de resolver las controversias sometidas por los Estados, sin realizar ningún ajuste o adaptación al sistema Mercosur.

¹⁰ El Protocolo de Olivos sumó también la posibilidad de concurrir al TPR para solicitar Opiniones Consultivas (art. 3 PO) y para supuestos en los que los Estados Partes activen el procedimiento establecido para las Medidas Excepcionales de Urgencia (CMC/DEC N°23/04).

¹¹ Mediante la consagración de la cláusula de elección de foro (Art. I del PO), las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR. Una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias de acuerdo al párrafo anterior, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto.

3. Antecedentes de la controversia

Cómo ya es bien conocido, en el año 2012, los Estados del MERCOSUR, en una Cumbre celebrada en la ciudad de Mendoza, Argentina, adoptaron el 29 de junio, la decisión de suspender a la República del Paraguay del derecho a participar en los órganos del Mercosur y de las deliberaciones, en los términos del artículo 5º del Protocolo de Ushuaia¹². Esta suspensión se originó con motivo de la destitución por el Senado de la República de Paraguay, del presidente Fernando Lugo y la asunción del vicepresidente Federico Franco en su reemplazo. Junto con esta suspensión se decide convocar una reunión especial para la admisión oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Considerando estos precedentes la República de Paraguay interpone una medida de urgencia ante el TPR (con base en la Decisión 23/04¹³) con el objetivo de que se declaren inaplicables: (I) La decisión de suspender a Paraguay, (II) la Declaración que incorpora a Venezuela.

En este sentido la República de Paraguay, resumidamente dice que: (I) La gravedad de las medidas adoptadas en la Cumbre de Presidentes causan *gravamen irreparable por el hecho de que impiden ejercer sus derechos soberanos e inalienables como Estado fundador del MERCOSUR*, (II) Cuestiona la legitimidad de los Jefes de Estado para adoptar decisiones obligatorias en razón de que *las cumbres presidenciales no constituyen ni integran los órganos del MERCOSUR y que las decisiones no se ajustan a su normativa*, (III) Considera que no hubo ruptura del orden democrático y que no se realizaron las consultas previstas en el artículo 4 del PU, (IV) Alega que las demás instancias a las que se podría recurrir dentro del sistema de solución de controversias del MERCOSUR quedarían excluidas a raíz de los efectos de la suspensión e imposibilidad de participación de los representantes de Paraguay en los órganos que deben intervenir para conformar el procedimiento. Considera que en esta situación *el TPR tendría competencia para entender originariamente en la controversia suscitada*.

¹² El Artículo 5 del Protocolo de Ushuaia estipula: “Cuando las consultas mencionadas en el artículo anterior resultaren infructuosas, los demás Estados Partes del presente Protocolo, en el ámbito específico de los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente”.

¹³ La mencionada normativa establece el procedimiento para atender los casos excepcionales de urgencia, a que hace referencia el artículo 24 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

Brenda Maffei

Por su lado, la República Argentina, la República de Brasil y la República Oriental del Uruguay, plantean de forma conjunta su respuesta. En este sentido, ponen en primer lugar ciertas cuestiones preliminares, argumentando que: (I) el PU escapa al sistema de solución de controversias del MERCOSUR, y que representa la norma base del proceso de integración, del que deriva la legitimidad de los Estados Partes para integrar el MERCOSUR. *Solicitan que el TPR se declare incompetente en razón de la materia*, (II) la inadecuación de la vía elegida, porque el procedimiento para casos excepcionales de urgencia del art. 24 del PO fue prevista estrictamente para, *casos específicos de naturaleza comercial y su viabilidad depende del cumplimiento de requisitos acumulativos* enunciados en la norma que no se aplican a esta acción. Por otro lado, y en caso de que esas cuestiones preliminares no sean consideradas por el Tribunal, relativo a las cuestiones de fondo sostiene que: (a) Respecto del procedimiento para aplicar el art. 5 del PU, alegan que no se prevé rito solemne ni formalidades para llevarlo a cabo y que las medidas a adoptar son de naturaleza estrictamente política, (b) argumentan la legalidad de la suspensión de Paraguay en virtud de que realizaron consultas previas con diversos actores políticos paraguayos a los que solicitaron sea respetado el derecho de defensa y la garantía del debido proceso, (c) sostienen la competencia de los Jefes de Estado para adoptar la decisión de suspensión en virtud de que el PU nada establece al respecto. A la vez, señalan la proporcionalidad de la medida que fue lo menos gravosa posible, y de carácter provisorio (sostienen que en Paraguay se produjo la ruptura del orden democrático en razón de que la destitución del presidente Fernando Lugo Méndez se realizó mediante un procedimiento sumarísimo sin respetar las garantías del debido proceso). Con relación a la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela diferencian dos actos: la aprobación de solicitud de adhesión y la declaración de incorporación de un nuevo miembro. La primera, prevista en el art. 20 del TA, que requiere unanimidad y la segunda, de carácter declaratorio, que no necesita unanimidad. El Protocolo de Adhesión de Venezuela, afirman, entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del último instrumento de ratificación de los Estados Partes no suspendidos. La participación de Paraguay en las decisiones, en su carácter de suspendido, tornaría ineficaz el PU.

Sustanciados los argumentos de las dos partes el TPR debía analizar, por primera vez, sobre diversas cuestiones y de considerable relevancia. En primer lugar, era la primera vez que era planteada una medida de urgencia y, en este

sentido, cobraba importancia todo aquello que el Tribunal pudiera interpretar al respecto sobre la aplicación de la Decisión 23/04. En segundo lugar, era la primera vez que el Tribunal entendería sobre la aplicación correcta o no de una medida de tamaña envergadura como es la suspensión a un Estado y, en consecuencia, puede decirse con esto, que era la primera vez que estaban en disputa asuntos que no estaban estrictamente relacionadas con cuestiones comerciales ¹⁴

4. Decisión del Tribunal y análisis de los tres elementos propuestos.

Se pasa ahora a analizar, entonces, la primera de las cuestiones:

I) La competencia en razón de la materia del TPR y, específicamente, la relación entre el Protocolo de Ushuaia (PU) y el Protocolo de Olivos (PO).

En este sentido el Tribunal determina que: *“la observancia de la legalidad de los procedimientos previstos en el PU son susceptible de revisión en el marco del sistema de solución de controversias del MERCOSUR. Lo mismo se aplica a cuestionamientos relacionados con la aplicación e interpretación de dicho Protocolo, en la medida en que el hecho concreto, por su naturaleza, demande un examen de legalidad”*. Básicamente lo que interpreta el Tribunal es que el PU conforma el plexo normativo del MERCOSUR y que el PO establece en su art. 1.1 explícitamente que el Tribunal puede entender sobre *“La controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo de Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directrices de la Comisión de Comercio del MERCOSUR”*. Sostiene, además que: *“La jurisdicción del sistema de solución de controversias, de esta forma, se extiende racione personae a los Estados miembros del MERCOSUR. Ratione materiae, esta jurisdicción se conforma*

¹⁴ Sin contar, en este sentido, que el TPR, tuvo la oportunidad de expedirse sobre un planteamiento de Argentina contra la decisión del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 21 de junio de 2006, constituido para entender en la controversia promovida por la República Oriental del Uruguay contra la República Argentina sobre el impedimento a la libre circulación derivado de los cortes en el territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas. En esa oportunidad el Tribunal entendió que no podía resolver sobre la cuestión planteada, ya que la competencia para entender mediante recursos de revisión se realiza en base a Laudos definitivos dictado por un Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR (Art. 17 del PO). LAUDO 2/2006. Disponible en: http://tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_02_2006_es.pdf

sobre controversias entre los Estados Partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR. No hay, de forma implícita o explícita en el texto del PO, exclusión de jurisdicción con base a la materia objeto de la controversia. El sistema de solución de controversias abarca las normas del PU en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados Parte. Por lo tanto, no cabe discutir el derecho a recurrir a ese sistema que tiene un Estado Parte que considere que se han vulnerado sus derechos en aplicación de las normas del PU”.

Reconocen el impacto político que podría causar al interior de los Estados partes una decisión del TPR sobre la correcta aplicación del PU, pudiendo, por ejemplo, abarcar desde que no se verificaron que los Estados hayan arbitrado las consultas previstas en el art. 5 del PU hasta una decisión que interprete que no se dieron las circunstancias necesarias para declarar una suspensión y, en consecuencia, considerar que no hubo una ruptura al orden democrático. Sin embargo, sostienen que la intención de interpretar sobre estas cuestiones no se orienta a crear un orden supranacional, sino a interpretar los textos aprobados por los Estados Partes, sin sustituir su voluntad, pero advirtiendo que dicha voluntad también se expresa en los tratados internacionales que suscriben y en las decisiones adoptadas en su consecuencia.

Como consecuencia de esta interpretación se deduce, entonces, que un Estado que se encuentra suspendido del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración no queda excluido a recurrir dentro del sistema de solución de controversias del MERCOSUR, manteniéndose los representantes en los órganos que deben intervenir para conformar el procedimiento.

Con relación a la segunda de las cuestiones planteadas en este análisis:

(II) Los aspectos procesales relativos a la utilización de medidas de urgencia y de acceso directo al TPR, se determinó:

Que los requisitos establecidos en el art. 2 de la Decisión n°23/04¹⁵ :

¹⁵ El Art. 2 de la Decisión n°23/04 determina que: Cualquier Estado Parte podrá recurrir ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) bajo el procedimiento establecido en la presente Decisión siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a. - que se trate de bienes perecederos, estacionales, o que por su naturaleza y características propias perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve período de tiempo, si fueran retenidos injustificadamente en el territorio del país demandado; o de

“deben estar presentes, de forma acumulativa, para que el TPR pueda entender en un caso excepcional de urgencia”. En el caso en concreto se evidencia que la controversia no trata de *“bienes perecederos, estacionales, retenidos injustificadamente en el territorio del país demandado”*, ni de *“bienes destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado Parte importador”*. Ese requisito es insalvable en la configuración de la competencia originaria del TPR, en materia de medidas excepcionales de urgencia.

En este sentido argumenta el TPR, también, que a pesar de estar presentes otros de los requisitos establecidos en el art. 2 de la decisión n°23/04, como, por ejemplo, una acción adoptada por los Estados partes que puede causar un daño grave, no es posible sustituir la voluntad de los Estados, por cuanto establecieron, según la interpretación del Tribunal, que estos requisitos deben ser acumulativos: *“a partir de ello, se observan dos menciones que ayudan en esa interpretación: a) el art. 6. de la decisión n°23/04 menciona todos los requisitos establecidos, b) el art.52 indica que el incumplimiento de algunos requisitos no impide que el demandante inicie un nuevo procedimiento”*.

Con relación a la posibilidad de acceder directamente al TPR que se encuentra consagrada en el art. 23 del PO¹⁶. En este caso, el artículo no ofrece dudas con relación al consentimiento conjunto de los Estados partes en una controversia.

No obstante, con relación a la obligación de que existan negociaciones directas (Art. 4 del PO), se sostiene que la República de Paraguay debería haber demostrado que existió una voluntad de entablarlas, demostrando haberla solicitado y que las mismas fueron rechazadas, elementos que no fueron probados.

bienes que estuviesen destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado Parte importador; b.- que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por un Estado Parte, en violación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR vigente; c.- que el mantenimiento de esas acciones o medidas puedan producir daños graves e irreparables; d. - que las acciones o medidas cuestionadas no estén siendo objeto de una controversia en curso entre las partes involucradas.

¹⁶ Establece el art. 23 del PO: 1. Las partes en una controversia, culminado el procedimiento establecido en los artículos 4 y 5 de este Protocolo, podrán acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán, en lo pertinente, los artículos 9, 12, 13, 14, 15 y 16 del presente Protocolo. 2. En este supuesto los laudos del Tribunal Permanente de Revisión serán obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada.

Relativo a los últimos elementos de análisis:

(III) La interpretación del Artículo 25 del PO sobre adopción de laudos, cuestión que se trata de forma explícita en el Laudo, pero que se puede inferir a partir del hecho de que se hizo explícita la opinión minoritaria, ocurre un hecho singular en este laudo

Según el art. 25 del PO la *“adopción de los laudos del Tribunal Arbitral Ad Hoc y los del Tribunal Permanente de Revisión se adoptarán por mayoría, serán fundados y suscriptos por el Presidente y por los demás árbitros. Los árbitros no podrán fundar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación. Las deliberaciones también serán confidenciales y así se mantendrán en todo momento”*. De la lectura de este artículo parecería existir una prohibición de hacer explícitas las opiniones e interpretaciones de las minorías, no obstante, en el Laudo fueron explicitados los votos en minoría, según se transcribe a continuación:

“Sobre este punto fue manifestado, en opinión minoritaria, que el art. 1 del PO indica el ámbito jurídico de competencia del TPR; del mismo surge que tiene por finalidad resolver conflictos entre los Estados Parte sobre el marco normativo del MERCOSUR. Esta disposición permite reflexionar si, de forma implícita y en circunstancias no previstas, excepcionalmente el TPR podría entender de forma directa y sin el consentimiento de los demás Estados Parte”.

“La misma opinión en minoría y con relación a la presente demanda sostiene que el art. 24 del PO reconoce la institución de las medidas excepcionales y de urgencia. De ello se deduce que el TPR podría eventualmente entender en este tipo de medidas, no sólo sobre cuestiones para las cuales fuera aprobada la Decisión n°23/04, sino y prudentemente, en otras situaciones, como aquellas en que las partes acrediten que se les ha denegado el acceso jurisdiccional o que se les ha cerrado las puertas a los demás procedimientos previstos para reclamar situaciones en que considere existen perjuicios irreparables y sensibles.”

“En esta opinión, se sostiene que si los Estados Parte demandados a través de sus Jefes de Estado, interpretando el PU, han adoptado una decisión que excluye a Paraguay de participar en los órganos del MERCOSUR, y si el Estado afectado no puede iniciar los procedimientos para una instancia previa al TPR, resulta admisible considerar que estaría habilitado a recurrir de forma directa y no necesariamente por la vía de la Decisión n°23/04 en situaciones excepcionales de urgencia.”

“Conforme a la misma opinión, sin entrar a analizar en esta etapa la legalidad o no de la decisión por la cual se suspende a Paraguay. situación que no excluye su condición de Estado Parte, son inadmisibles situaciones en que se desconozca por vía de hecho esta condición o que se impida o imposibilite su acceso al sistema jurisdiccional previsto para el MERCOSUR”.

“Culmina esta opinión minoritaria considerando que resulta evidente que un órgano con vocación y competencia jurisdiccional para resolver los conflictos de los Estados Partes, según el art. 1 del PO, en la situación señalada, debe entender en las medidas excepcionales y de urgencia y expedirse respecto a la legalidad o no de las decisiones de suspensión y de la incorporación de otro Estado como miembro pleno sin haber Paraguay ratificado su incorporación”.

A pesar de que esta cuestión no fue explicitada en el Laudo, se puede inferir, al hacer explícito el voto en minoría, que el objetivo del art. 25 del PO no es no explicitar este voto, sino, que este voto sea identificado a determinado árbitro, en otras palabras, no hacer explícitas las disidencias de los árbitros en particular.

Como es sabido los votos en minoría carecen de eficacia jurídica y no producen efectos jurídicos, sin embargo, no puede dejar de considerarse, especialmente, si partimos de una perspectiva sistémica como anteriormente mencionada, que este elemento configura un hecho interpretativo que tiene como efectos informar al sistema al respecto de otra interpretación posible sobre determinada cuestión. Por un lado, se sostiene que: *“la aplicación práctica del voto particular se derivan aspectos funcionales como disfuncionales. Por un lado, el abuso de esta fórmula pone seriamente en cuestión el principio de autoridad de las resoluciones judiciales, aunque no es menos cierto que, por otro lado, sirve cómo estímulo para futuras interpretaciones jurisprudenciales e interposición de los correspondientes recursos. De este modo, se evita la proliferación de las denominadas sentencias overruling que tienden a modificar bruscamente la interpretación de aspectos hasta entonces no pacíficos, por novedosos o poco debatidos”*. Además, se ha argumentado que: *“los sistemas legales que permiten la posibilidad de expresar disidencias judiciales públicamente, son más transparentes que otros sistemas jurídicos y, en consecuencia, son más proclives a legitimar la función de sus cortes. Con un sistema judicial abierto es posible, además, mejorar la calidad en la fundamentación de las sentencias,*

¹⁷ Véase CUAIRÁN GARCÍA, Javier. “La importancia del voto particular” [en línea] EIDERECHO.COM, 2018. Disponible en: <<https://elderecho.com/la-importancia-del-voto-particular>>

entregando mayor certeza acerca de lo que el Derecho (o su interpretación) es y de lo posiblemente será en el futuro. Con lo anterior, las disidencias generan un Estado de Derecho más saludable”¹⁸.

5. Consideraciones finales

El objetivo de este trabajo fue analizar el Laudo del TPR 1/2012 relativo a la suspensión de la República de Paraguay para determinar las diversas interpretaciones relevantes que se derivaron de esa decisión y que provocaron un ajuste y/o una adaptación del sistema. En este sentido se puede decir que a partir de este Laudo:

1. El mecanismo de solución de controversias está habilitado para entender al respecto de cuestiones que puedan derivar de la aplicación del PU.

2. Un Estado que se encuentra suspendido de los órganos del MERCOSUR, por aplicación del PU, puede recurrir al procedimiento establecido en el PO en todas sus fases (diplomática, relativo a la obligación de entablar negociaciones directas, política, por la posible intervención del GMC, y jurisdiccional, mediante la creación de un Tribunal Ad Hoc y la posterior posibilidad de recurrir al TPR)

3. Con relación a las negociaciones directas basa que un Estado haya solicitado comenzar estas negociaciones y se observe una negativa de la otra parte, para que quede habilitada la fase jurisdiccional.

4. Con relación al acceso directo al TPR se reafirma la obligación de que exista un consentimiento conjunto de los Estados partes en una controversia.

5. Con relación a la publicidad de la disidencia, se entiende, debido al hecho que fue publicado el voto en minoría, que es posible tal publicidad siempre que no se especifique el/los arbitro/s que votaron en disidencia.

¹⁸ VERDUGO, Sergio. “Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. pluralismo judicial y debate democrático”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios, 2011, año 18, n°2, pp. 217-272.

6. Referencias bibliográficas

BERTALANFFY, Ludwig Von. (trad. Juan Almela) *Teoría general de los sistemas. Fundamento, desarrollo y aplicaciones*. México: Fondo de Cultura, 1986.

BULYGIN, Eugenio. “Los jueces ¿crean derecho?” [en línea] *Isonomía*, abril 2003, n°18. Disponible en:< <https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-o/>>

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aportes metodológicos para la integración del Mercosur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n°1. p. 109-136.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Filosofía y sistema del derecho de la integración: El complejo problemático del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración”. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. 2006, vol 29, p. 27-48.

CUAIRÁN GARCÍA, Javier “La importancia del voto particular”. [en línea] ELDERECHO.COM. 2018. Disponible en:< <https://elderecho.com/la-importancia-del-voto-particular>>

DE OLIVEIRA NOGUEIRA, Cássia Cavalcante, DE ALMEIDA PRADO, Henrique Sartori. “Mercosul: do sistema de solução de controvérsias à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo judiciário brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2014, año 2, n°4, p. 27-47.

DO AMARAL JÚNIOR, Alberto. “Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n°1, p 11-26.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O Direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo. Introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. (org) *A crise do conhecimento jurídico. Perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB Editora, 2004.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila, ROCHA, Adriana. “Direito, transdisciplinaridade e hipercomplexidade”. *Interparadigmas*, 2013, año 1, n° 1, p. 103-116.

GRÜN, Ernesto. “La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho”. *Panóptica*, 2007, año 1, n°7, p. 156-175.

GRÜN, Ernesto; BOTERO-BERNAL, Andrés. “Hacia una teoría sistémico-cibernética del derecho”. *Vniversitas*, 2008, n°117, p. 41-64.

MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 23/04. *Procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia Art. 24 del Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*, firmada en Puerto Iguazú, República Argentina el 7 de julio de 2004.

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*, firmado en la Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina el 18 de febrero de 2002.

MERCOSUR. *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la Republica de Bolivia y la Republica de Chile*, firmado en la ciudad Ushuaia, República Argentina el 24 de junio de 1998.

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en la ciudad de Asunción, República del Paraguay el 26 de marzo de 1991.

MILLÁN, Tomás Austin. *Fundamentos sociales y culturales de la educación*. Chile: Editorial Universidad Arturo Prat, 2000

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. (Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória). - Ed. revista e modificada pelo autor -2005, 8^a Ed., Rio de Janeiro: Bertrand.

MORIN, Edgar. *O método. A natureza da natureza*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1977.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita. Repensar a reforma reformar o pensamento*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 13.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2007.

REY CARO, Ernesto J. “Crisis institucional en el Mercosur el laudo n° 1/12 del Tribunal Permanente de Revisión”. *Revista de la Facultad*, Nueva Serie II, 2013, vol. 4, n° 2 p. 27-38.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. “Naturaleza jurídica del MERCOSUR”. En: VIGNALI, Heber Arbué et. al. (Org) MERCOSUR. *Balances y perspectivas*. Buenos Aires: Fundación Cultura Universitaria, 1996.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. *Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido en plenario para entender en el recurso de revisión presentado por la República Argentina contra la decisión del tribunal arbitral ad hoc de fecha 21 de junio de 2006, constituido este para entender en la controversia promovida por la República Oriental del Uruguay contra la República Argentina sobre: “impedimentos a la libre circulación derivado de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas”*. Laudo n°2/2006 del 6 de julio de 2006 [en línea]. Disponible en < https://tprmercursosur.org/es/docum/laudos/Laudo_02_2006_es.pdf >

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. *Procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (Mercosur) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo n°1/2012 del 21 de julio de 2012. [en línea]. Disponible en < https://www.tprmercursosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf >

VASCONCELLOS, María José Esteves de. *Pensamento sistêmico. O Novo paradigma da Ciência*, 7ª Ed., São Paulo: Papirus, 2008.

Brenda Maffei

VASCONCELLOS, María José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: uma epistemologia científica para uma Ciência novo-paradigmática*. I Congresso Brasileiro de Sistemas: “Despertando a consciência para a visão sistêmica: perspectivas para o século XXI”, promovido pela International Society for the Systems Sciences – ISSS e pela FEARP/USP de Ribeirão Preto, em Ribeirão Preto, SP, em 9-10 de novembro de 2005. [en línea] Disponible en <<http://legacy.unifacef.com.br/quartocbs/arquivos/14.pdf>>

VERDUGO, Sergio. “Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. pluralismo judicial y debate democrático”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, 2011, año 18 – n° 2, p. 217-272.

WIENER, Norbert. *Cibernética sociedade o uso humano de seres humanos*. PAES, José Paulo (Traductor) 2ª Ed., São Paulo: Editora Cultrix, 1968.



TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

Avda. Mariscal López 1141 casi General Melgarejo

Asunción - República del Paraguay

ISSN: 2789-2662

www.tprmercosur.org

Aportes académicos

N° 6

Abril 2022