

# La primera Opinión Consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?\*

*Adriana Dreyzin de Klor*

Catedrática de Derecho Internacional Privado.  
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

*Publicamos nuestras ideas para  
no pasarnos la vida corrigiéndolas  
Jorge L. Borges*

## RESUMEN

En el MERCOSUR la solución de controversias está regulada por el Protocolo de Olivos (2003) y el desarrollo correspondiente por el instrumento judicial (2004). El legislador del MERCOSUR incluye en estas reglas un nuevo instrumento para el proceso. Nos referimos al mecanismo de la «Opinión Consultiva». Aunque es algo que se parece a la «cuestión prejudicial» del sistema jurisdiccional de la Unión Europea, y su fin es equivalente a aquélla, no son iguales. No lo pueden ser porque el proceso de integración tiene características diferentes. El MERCOSUR responde a un modelo distinto, y por lo tanto no podemos asimilar ambos procedimientos.

**Palabras Clave:** Derecho Comunitario – Mercosur – Solución de Controversias – Tribunal Permanente de Revisión – Opinión Consultiva – Prevalencia Derecho Mercosur – Orden público internacional.

**Keywords:** Community Law – Mercosur – Dispute Settlements – Permanent Revision Tribunal – Consultative Opinion – Competencia – Prevalence of MERCOSUR Law – International public order

## ABSTRACT

In MERCOSUR the dispute settlements are regulated by the Olivos Protocol (2003) and the regulation of this Juridical instrument (2004). The MERCOSUR legislator includes in those rules a new instrument for the process. We are referring to the mechanism of «Opinion Consultant». Although it is something that appears similar the «preliminary reference» from the jurisdictional system of the European Union, and the goal is also equivalent it is not the same. It can not be the same because the integration process has different characteristics, MERCOSUR responds to another model so we can not assimilate both procedures.

\* Mi más profundo agradecimiento a Carolina Harrington por su valiosa e incondicional ayuda y el enriquecedor aporte de ideas.

SUMARIO

- I. LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN MERCOSUR
  - II. EL ESTRENO DEL «MECANISMO»-1. *Los hechos*-2. *La solicitud propiamente dicha*
  - III. ¿QUÉ ES LA OC?
  - IV. EL TPR Y LA COMPETENCIA PARA EMITIR OCS-1. *La integración del TPR ¿Por qué en pleno para emitir OCs?*-2. *El TPR frente a la solicitud de OC-A) ¿Mayoría argumentativa o suma aleatoria de razones?*-B) El tema argumentativo en la primera OC-3. *La competencia del TPR en materia consultiva*
  - V. MÁS SOBRE LA RESPUESTA-1. *Acerca de las OCs*-2. *Prevalencia del derecho de la integración sobre el derecho interno de los Estados Partes*-A) La calidad del derecho del MERCOSUR-B) Orden público internacional
  - V. ALGUNAS REFLEXIONES
-

## I. LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN MERCOSUR

El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR (PO) aprobado en la ciudad que le da su nombre<sup>1</sup>, abrió las puertas a un mecanismo que, aunque lejos está de poder ser asimilado a la conocida cuestión prejudicial, se inspira en los mismos fines.

La herramienta a la que nos referimos es la denominada «opinión consultiva» (OC/OCs) siendo receptada en el PO bajo los siguientes términos: «El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos»<sup>2</sup>.

Como puede apreciarse, el legislador mercosureño no ha sido muy explícito a la hora de abordar el mecanismo, antes bien, la enunciación es altamente abstracta quedando su alcance diferido a la regulación que el órgano superior del bloque considerase a posteriori<sup>3</sup>. Sin embargo, durante las negociaciones preliminares a la elaboración del PO se reconoció a la interpretación uniforme del acervo normativo del MERCOSUR significativa importancia en aras de dotar al esquema subregional de previsibilidad y certeza<sup>4</sup>. Encontrar el método más idóneo para lograr este propósito no resultaba tarea sencilla y tampoco lo era, determinar el tenor de la facultad que se acuerda el Consejo Mercado Común (CMC)<sup>5</sup>. Téngase presente que dadas las características del ordenamiento normativo mercosureño –complejo<sup>6</sup> y asistemá-

<sup>1</sup> Analizamos este instrumento normativo en: «El Protocolo de Olivos», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2003-1, pgs. 579-621.

<sup>2</sup> PO, Cap. III, art. 3.

<sup>3</sup> E. REY CARO en un enriquecedor estudio sobre el PO, señaló que habría sido más adecuado la regulación de la cuestión en el mismo Protocolo determinando el carácter o valor de las opiniones consultivas, en vez de dejar la materia sujeta a la discrecionalidad del CMC. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002, pg. 14.

<sup>4</sup> Ver A. DREYZIN DE KLOR, «Los laudos arbitrales del MERCOSUR: Una visión prospectiva», *DeCITA 1.2004*, Buenos Aires, Zavalía, pgs. 92-109.

<sup>5</sup> De esta suerte, en las negociaciones previas a la firma del RPO se planteó la cuestión sobre el alcance de la atribución conferida al órgano superior del bloque, destacándose su amplitud. El CMC goza de gran autonomía para la adopción de decisiones válidas que encuentran sustento en un tratado y por lo tanto no estarían condicionadas por los Estados partes ni por otras entidades comunitarias. En definitiva, tiene mayores facultades en orden a la capacidad decisoria a la vez que es innegable la fuerza vinculante de algunos productos derivados de dicha capacidad.

<sup>6</sup> La complejidad del derecho del bloque se suscita como consecuencia de la estructura institucional. Las normas no gozan de efecto directo y tampoco son de aplicación inmediata, salvo las que expresamente se establecen en el POP. Ver: A. DREYZIN DE KLOR, «Algunas reflexiones sobre la cooperación jurisdiccional internacional en torno a la calidad

tico<sup>7</sup>— y las particularidades institucionales y jurídicas que detenta el modelo<sup>8</sup>, para solucionar las controversias se adoptaron instancias en las que la interpretación uniforme del derecho pergeñado en el seno del esquema era impensable. El MERCOSUR tiene como gran motor de desarrollo la voluntad política de quienes ejercen los gobiernos de los Estados partes y el hecho de incorporar la OC al sistema de solución de controversias, es un signo latente que refleja el afán de independizar gradualmente la faz jurisdiccional.

Reconocemos que los tribunales arbitrales han acudido en numerosas oportunidades a los precedentes sentados por los laudos anteriores para basar sus argumentaciones, empero también, se han apartado de los mismos, a través de una hermenéutica que suscita divergentes resultados en supuestos equivalentes<sup>9</sup>. Además, las referencias efectuadas en los laudos son respecto a lo actuado por los tribunales arbitrales ad hoc, pero no referidas a las jurisdicciones nacionales<sup>10</sup>. Cuando son los tribunales nacionales los que interpretan y aplican el derecho mercosureño, eventualmente con parámetros distintos al tribunal arbitral en casos semejantes,<sup>11</sup> se acude a las respectivas legislaciones nacionales y a los principios de jerarquía reconocidos en el ordenamiento nacional y el internacional.

Siendo la interpretación uniforme del ordenamiento de la integración tema prioritario, no sorprende que al tiempo de aprobado el PO se complementara con un Reglamento que dedica buena parte de su articulado a las opiniones consultivas<sup>12</sup>.

Abordamos en este trabajo la primera opinión consultiva emitida en MER-

del derecho de la integración», *Revista de Derecho Privado y Comunitario* núm. 22, 2000, pgs. 581 y ss.

<sup>7</sup> Por las razones señaladas en la nota anterior, las fuentes jurídicas del MERCOSUR no integran el ordenamiento jurídico nacional mientras el EP no procede a depositar el instrumento de ratificación y se cumpla el procedimiento para su vigencia establecido en el POP.

<sup>8</sup> Sobre el tema, ver: D. FERNÁNDEZ ARROYO, «La nueva configuración del Derecho internacional privado del MERCOSUR: Ocho preguntas contra la incertidumbre», *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* n° 28, 1998, pgs. 267-286; C. LIMA MARQUES, «O Direito do MERCOSUL: Direito oriundo do MERCOSUL, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração», *RDIM, año 7 n° 1*, 2003, pgs. 61 y ss.

<sup>9</sup> Los laudos arbitrales de MERCOSUR pueden verse en la página [www.MERCOSUR.org.uy](http://www.MERCOSUR.org.uy).

<sup>10</sup> N. DE ARAUJO, «O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com o common law e algumas idéias para o futuro», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2004, 3.

<sup>11</sup> El 9/1/02 el TAHM que decidió sobre la «Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay», consideró que las normas brasileñas que restringen la importación de neumáticos recapados son contrarias al Tratado de Asunción; sin embargo, el 9/2/02 el Tribunal Federal de la 4ª Región (RS), siguiendo una posición consolidada en la judicatura de Brasil, convalidó tal legislación.

<sup>12</sup> MERCOSUR/CMC/DEC N° 37/03.

COSUR, a cuyo fin en primer lugar, presentamos una reseña de los hechos que le dan origen para luego detenernos en la naturaleza jurídica o la calidad atribuible –a nuestro juicio– a la OC. Continuamos con una aproximación al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) y a la competencia que detenta para dictar OCs, adentrándonos en la Declaración que emite el órgano jurisdiccional en este primer pronunciamiento. El problema que observa esta OC en orden a cuestiones sustanciales relacionadas con su emisión es el punto que deviene de ese desarrollo. Finalmente, dejamos sentadas algunas reflexiones fruto del análisis efectuado, con las que no concluimos el tratamiento y estudio de tan relevante tema, sino sólo sumamos un nuevo eslabón a las investigaciones requeridas para contribuir a mejorar la instrumentación del sistema de solución de controversias.

No podemos dejar de hacer una especial referencia a la cuestión prejudicial que tan buenos resultados ha dado al desarrollo del derecho comunitario europeo porque en ella se inspiró el legislador mercosureño, y desde su articulación se reciben irradiaciones que impregnan nuestro mecanismo. Sin embargo, las diferencias entre los modelos asociativos y los caracteres propios de cada esquema regional no habilitan a «copiar –cortar– pegar» sino que es menester adaptar valiéndonos de lo posible. A lo largo de sus pronunciamientos los árbitros hacen constante referencia a dicha cuestión, factor que resulta útil para denotar las similitudes y divergencias entre uno y otro instrumento legal.

Ahora bien, en función de las disposiciones del Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO) referidas a la facultad de los tribunales nacionales para solicitar OCs, y la necesidad de prever una reglamentación expresa, el CMC aprobó el 17 de enero de 2007 dicha regulación normativa que deja claramente establecida la posibilidad de que tribunales de instancias inferiores eleven al TPR por vía de los Supremos Tribunales de Justicia (STJ) la solicitud de opinión consultiva<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Esta cuestión fue objeto de intensos debates cuando se aprueba el PO y luego su Reglamento al no estar expresamente admitida la posibilidad de que sean todos los jueces del MERCOSUR habilitados para pedir dicha opinión. El RPO establece que para determinar el procedimiento a seguir en la solicitud de OCs por los TSJ, deberán ser consultados estos altos cuerpos de justicia de cada Estado parte. Adelantándose a la consulta del CMC, las Cortes Supremas del MERCOSUR y Estados Asociados (CSM) tomaron la iniciativa de dialogar entre sí, sobre el modo en que los tribunales nacionales podrían solicitarlas. Una vez que consensuaron el texto de un anteproyecto decidieron elevarlo al CMC. En esta labor mucho ha tenido que ver el Foro Permanente de las Cortes Supremas de Mercosur institucionalizado en Brasilia. La Declaración del IV Encuentro de CSM, firmada el 24 de noviembre de 2006, y el Anteproyecto de Reglamento de la Tramitación de Solicitud de Opiniones Consultivas encaminadas por Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes, están disponibles en la página *web* del STF, en la siguiente dirección: <http://www.stf.gov.br/encontro4/documentos.htm>. Véase una reseña del IV Encuentro en M. A. J. DE SANTA CRUZ OLIVERA, «La diplomacia judicial», *DeCITA* 7/8, Florianópolis/Buenos Aires, Fundación Boiteux/Zavalía, 2007 (en prensa). Asimismo, es de tener presente que esta reunión es considerada relevante aunque el Foro de las CSM no funciona como un órgano institucionalizado en la estructura del MERCOSUR habiéndose adoptado en su seno trascendentes iniciativas. Así, en palabras de un eximio jurista, la referida

## II. EL ESTRENO DEL «MECANISMO»

Previo a la reglamentación del mecanismo para solicitar OCs provenientes de los TSJ, se plantea en Asunción del Paraguay un pedido a la Cancillería de ese país a través de la Corte Suprema de Justicia a efectos de que sea remitido al TPR.

El cuerpo colegiado se pronuncia el pasado 3 de abril de 2007 emitiendo su parecer en ejercicio de la competencia que le reconoce el PO<sup>14</sup> y el RPO<sup>15</sup>.

La OC surge como resultado de la solicitud efectuada por una jueza de primera instancia en lo civil y comercial de la ciudad de Asunción, la magistrada María Angélica Calvo.

### 1. Los hechos

Se trataba de un contrato de naturaleza comercial firmado entre una sociedad argentina y una sociedad paraguaya, que las partes someten en todos sus términos a la Ley sustantiva argentina, acordando plena vigencia a las normas incorporadas por el MERCOSUR reguladoras de la contratación internacional. Los contratantes quedan sujetos al Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (PBA)<sup>16</sup> pactando expresamente el sometimiento de cualquier conflicto a la competencia de

al «[f]uturo de la integración latinoamericana: por vez primera, y sin parangón siquiera en el modelo europeo de integración, los Presidentes de los Tribunales Supremos de Brasil, Paraguay y Uruguay, más la representante del Presidente de la Suprema Corte de la Nación Argentina, así como el Presidente del Tribunal Constitucional de Chile y los Presidentes de las Cortes Supremas de Bolivia y de Chile, asumieron el compromiso formal de respaldar el proceso de integración continental, con especial énfasis en el MERCOSUR». Ver R. ALONSO GARCÍA, «Hacia una Corte Suprema Latinoamericana», en *Progreso sostenible e integración regional en América Latina* (J. VIDAL-BENEYTO, coord.) Fundación Amela, Valencia, España, 2006, pg. 137. Siendo en el marco del IV Encuentro que se aprueba el anteproyecto señalado a fin de cumplimentar lo dispuesto en el RPO es ilustrativo traer a colación la reflexión efectuada por Alonso García al ponderar la institucionalización de los Encuentros de las Cortes Supremas de los Estados partes y Asociados por sus enriquecedores resultados, a la vez que sugiriendo la formalización en el mismo sentido de los encuentros de los Tribunales Constitucionales Europeos. Aut. cit., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, España, 2005, pg. 49. El II Encuentro de Brasilia fue marco para que se manifestaran las Cortes en el sentido de cumplir el compromiso asumido para «contribuir decisivamente con la evolución institucional del proceso de integración, especialmente en relación con el fortalecimiento y perfeccionamiento jurídico del bloque».

El 18 de enero de 2007 el CMC aprobó el Reglamento de Procedimiento para Solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR (RPOC/TSJ), a través de MERCOSUR/CMC/DEC. No 02/07.

<sup>14</sup> Art. 3.

<sup>15</sup> Arts. 2 y 4.

<sup>16</sup> Este Protocolo fue aprobado el 5/8/94 en la ciudad de Buenos Aires por el CMC bajo Decisión N° 1/94. Se encuentra vigente entre los cuatro Estados partes del MERCOSUR.

los tribunales de la República Argentina. En efecto, expresan en el acuerdo que «cualquier controversia o petición que surja del contrato o esté relacionada con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referente a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al período de finalización o validez del mismo, será exclusivamente establecido en los tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina».

El PBA recepta la autonomía de la voluntad permitiendo en consecuencia, la elección de foro que las partes realizan en favor de los tribunales argentinos<sup>17</sup>.

Ahora bien, la sociedad sita en Asunción demanda ante los tribunales de su país a la sociedad argentina por daños y perjuicios oponiendo esta última, excepción previa de incompetencia basada en la existencia del acuerdo de elección de foro efectuado mediante cláusula contractual, al entender que prevalece la aplicación del PBA sobre el derecho paraguayo de fuente interna receptado en la Ley 194/93, invocada por la actora para justificar la jurisdicción paraguaya.

La demandante contesta la excepción rechazando los términos de la misma; alega el carácter irrenunciable de la legislación paraguaya y agrega que siendo un contrato de consumidores quedaría excluida la aplicación del PBA debiendo acudir en cambio al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (PSM)<sup>18</sup>.

Cabe consignar que es a solicitud de la parte actora que el tribunal de primera instancia solicita la OC. En la demanda se incluyó expresamente un apartado por el cual se establece que frente a cualquier duda sobre la interpretación de la norma de derecho MERCOSUR deberá elevarse un pedido de OC al TPR. Es importante destacar el punto en tanto refleja que son el particular y el operador jurídico quienes toman la iniciativa de valerse de este mecanismo con las consecuencias que conlleva, al enfocar las herramientas institucionales mercosureñas como parte del acervo jurídico común cuando, según adelantáramos, no se había reglamentado aún su operatoria.

## 2. La solicitud propiamente dicha

La jueza de primera instancia, según parece surgir de la respuesta del TPR, solicita la opinión consultiva acerca de la normativa mercosureña invocada en autos, esto es el PBA y el PSM.

Se plantea un problema de interpretación de la Ley mercosureña a partir

<sup>17</sup> El art. 4 reza: «En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales».

<sup>18</sup> El Protocolo de Santa María fue signado por el CMC como Decisión N° 10/96. No está vigente por la falta de ratificaciones necesarias.

ADRIANA DREYZIN DE KLOR

de una cuestión de prevalencia de aplicación de fuentes acotada a la primacía entre derecho derivado de MERCOSUR –PBA– y derecho interno –Ley Paraguaya 194/93– en la que cobra fuerte incidencia el carácter de las cláusulas de la Ley nacional en tanto considerarlas o no de orden público internacional<sup>19</sup>.

De ser éste el cuestionamiento ¿respondería al que el PO y su Reglamento habilitan a plantear como opinión consultiva?

A efectos de estar en condiciones de proporcionar una respuesta es menester calificar la OC.

### III. ¿QUÉ ES LA OC?

La opinión consultiva es un instrumento jurídico que ha sido introducido en el sistema de solución de controversias de MERCOSUR adoptado en el año 2002, junto a otras innovaciones<sup>20</sup> como una herramienta para «garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática»<sup>21</sup>.

Aunque reconoce antecedentes en tribunales internacionales, al ser diferente el marco en que se desarrolla, deviene distinto el mecanismo y sus efectos teniendo en común con su historial solamente la denominación<sup>22</sup>.

El TPR es el órgano con competencia para emitir OCs las que pueden ser solicitadas tanto por los Estados partes en conjunto, como por los órganos con capacidad decisoria, esto es el CMC, el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM). Muy acertadamente el

<sup>19</sup> Acerca de la noción de orden público internacional puede verse: T. B. DE MAEKELT, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pgs. 315-319; D. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados Partes del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavallía, 2003.

<sup>20</sup> Acerca de las reformas introducidas al Protocolo de Brasilia sobre el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, puede verse A. DREYZIN DE KLOR (nota) pgs. 576 y ss.; R. PUCEIRO RIPOLL, «El Protocolo de Olivos: Sus reformas esenciales y su significado en el régimen de solución de controversias del MERCOSUR», en: *Solução de Controvérsias no MERCOSUL* (AA.VV.), Brasilia, Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL, 2003, pgs. 189-208.

<sup>21</sup> Así reza el PO en su único considerando.

<sup>22</sup> En esta línea, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) cuya competencia consultiva surge del art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que conforme dispone el art. 14 de la Convención Interamericana esta facultada para emitir opiniones sobre la interpretación de la Convención y otros tratados referidos a la protección de los Derechos Humanos aplicables en los Estados Americanos; la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) con competencia para emitir opiniones a partir de lo dispuesto en el Protocolo 2 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. Ver F. NOVAK TALAVERA/I. GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, *Derecho Internacional Público*, t. 2, *Sujetos del Derecho internacional*, vol. 2, Perú, Pontificia Universidad Católica, 2002, pgs. 96 y ss.

legislador mercosureño incluyó a los TSJ de los Estados partes (TSJ) con jurisdicción nacional entre los legitimados<sup>23</sup>. Nuestro desarrollo es sobre esta alternativa por ser la que da lugar a la primera OC.

Respetada doctrina ha tratado la cuestión de la naturaleza jurídica de la OC. A fin de encontrar una categoría legal que la comprenda se ha efectuado un recorrido por las posibilidades de encuadrarla, descartando su asimilación a una sentencia o a un dictamen de expertos solicitado como prueba del derecho o pericia. Tampoco puede asimilarse a una «interpretación auténtica» ya que no emana del mismo órgano del que proviene la norma ni es interpretación obligatoria dado su carácter no vinculante aunque se le reconozcan efectos que exceden el caso para el cual se dicta, al pasar a integrar el acervo del derecho de la integración<sup>24</sup>.

A partir de lo que «no es» sobreviene como lógica la pregunta: ¿qué es la OC?

Cuando no se conoce a ciencia cierta la enfermedad que afecta al paciente suele decirse que padece un «virus»; parafraseando a los médicos en ese diagnóstico incierto, aunque descartando toda connotación negativa de los «virus», diríamos que la OC es un instrumento «sui generis» no pasible de ser encasillado en un modelo jurídico conocido.

De todos modos, más que definirla o encuadrar a la OC en una categoría jurídica conocida, resulta esencial avanzar hacia una respuesta a interrogantes tales como para qué se crea, qué empleo se realiza de este mecanismo en la práctica y si la finalidad que le da origen es alcanzada en este primer pronunciamiento o, si por el contrario, será menester que se sucedan varias Ocs. para avanzar en los logros pretendidos. En la medida que podamos operativizar el propósito para el cual se concibió, la determinación de su naturaleza jurídica se convierte en un tema secundario.

El objeto de la opinión consultiva solicitada por los TSJ, se acota en su campo con relación a las provenientes por otras vías. En el supuesto se referirán exclusivamente a la «interpretación jurídica» del Tratado de Asunción (TA), del Protocolo de Ouro Preto (POP), de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del TA, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM. En tanto que la facultad otorgada a los Estados partes conjuntamente o a los órganos decisorios MERCOSUR para solicitar opiniones consultivas, está redactada en términos evidentemente más amplios, pues según el art. 3 RPO, las mismas podrán versar sobre «cualquier cuestión jurídica» comprendida en la normativa supra enumerada. En consecuencia es menester precisar el alcance a otorgar a la expresión «interpretación jurídica», como inclusiva o no de las cuestiones de validez y jerarquía o prevalencia normativa.

<sup>23</sup> Art. 2 RPO.

<sup>24</sup> J. C. RIVERA, «La opinión consultiva en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR», en *Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller Orchansky*, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, 2004, pg. 211.

Sólo para traer el pensamiento de uno de los árbitros que integran el TPR pues coadyuva a incursionar en alguna característica preponderante, las OCs son «dictámenes jurídico-técnicos del TPR que carecen de efecto vinculante»<sup>25</sup>.

Pareciera entonces, que para analizar a la OC mercosureña hay que hacer especial hincapié en las particularidades del tribunal que la emite y las exigencias normativas establecidas en torno al cuerpo colegiado, circunstancia que implica introducirnos en aspectos un tanto inextricables como son la razonabilidad de las argumentaciones vertidas en relación con el pronunciamiento que deviene en declaración para la jueza y la autoridad que invisten los miembros del TPR<sup>26</sup> en función del efecto no vinculante de las OCs.

#### IV. EL TPR Y LA COMPETENCIA PARA EMITIR OCS

El máximo tribunal de MERCOSUR responde a ciertos caracteres que influyen notoriamente en la calidad de la OC. Referirnos sucintamente a este órgano jurisdiccional –aunque no ejerce esa función cuando emite OCs<sup>27</sup>– es paso obligado para comprender el pronunciamiento dictado. Interesa conocer qué tipo de cuerpo colegiado es y cuáles son sus competencias para introducirnos expresamente en la que asume en este ejercicio y analizar la razón de la exigencia en cuanto a su conformación plenaria para pronunciarse.

Este tribunal surge luego de trece años de iniciado el proceso de constitución del MERCOSUR; considerándose su creación, la innovación más trascendente del texto de Olivos<sup>28</sup>.

Se integra por cinco miembros a cuyo fin los Estados partes designan un árbitro y su suplente<sup>29</sup>; al quinto árbitro, se lo conoce como árbitro del consenso, al ser elegido por unanimidad de los Estados partes; su nombre surge de una lista de ocho candidatos que los países deben elevar a la SM, dos por país<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> OC 1/2007. Voto de R. Olivera.

<sup>26</sup> J. C. RIVERA (nota 24), pg. 211.

<sup>27</sup> La doctrina no es conteste en considerar que el TPR asume función jurisdiccional al emitir OCs. Véase J. C. RIVERA (nota 24), pg. 210.

<sup>28</sup> Art. 19 PO. Sobre este Tribunal, un estudio pormenorizado y completo puede verse en A. PEROTTI, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Madrid, Marcial Pons, 2007 (en prensa).

<sup>29</sup> Por CMC/DEC NÚM. 26/04 se designaron miembros del TPR a los siguientes juristas: Nicolás Eduardo Becerra (Argentina), João Grandino Rodas (Brasil), Wilfrido Fernández de Brix (Paraguay) y Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay).

<sup>30</sup> Como quinto árbitro del TPR, se designó por unanimidad a José Antonio Moreno Ruffinelli (Paraguay). Durante la Reunión Cumbre celebrada en Río de Janeiro el 17/1/2007 se aprobó el Protocolo de Río de Janeiro que modifica a Olivos. Aún no se encuentra vigente entre los Estados partes.

### 1. La integración del TPR ¿Por qué en pleno para emitir OCs?

Se han manifestado dudas acerca de cuál es la regla más conveniente para determinar la integración del tribunal en función de la competencia que ejerza. Se dice que tal vez, a fin de avanzar hacia la interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR, más conveniente hubiera sido que en todos los casos el tribunal funcione integrado por todos los miembros. La idea se basa en las aparentes dificultades para lograr aquel objetivo mediante el sistema preceptuado pues la experiencia en los conflictos llevados ante el TAHM demuestra que las controversias se han venido planteando entre dos Estados y consecuentemente, la integración por sólo tres de sus miembros –diferentes según las partes en la disputa– podría suscitar eventualmente distintas interpretaciones<sup>31</sup>. Por nuestra parte preferimos pensar que aunque sus miembros actúen según este sistema de reparto, el TPR es uno y las contradicciones en su seno no tendrían que encontrar mucho espacio para producirse<sup>32</sup>. Más bien parece que la norma se hizo (con bastante optimismo) pensando en un TPR que tenga considerable trabajo y que exija, en consecuencia, algún tipo de división de la tarea.

Mientras que cuando ejerce su función consultiva, al tratarse de la interpretación jurídica que se dará al derecho del MERCOSUR en todo el territorio integrado se consideró conveniente la intervención del pleno quedando representados los Estados partes al igual que lo están a la hora de la elaboración de las fuentes jurídicas del proceso.

### 2. El TPR frente a la solicitud de OC

El árbitro Fernández de Brix, quien asume la coordinación para la redacción de la respuesta del TPR<sup>33</sup> considera que a efectos de pronunciarse, el tribunal debe transitar por varios puntos, a saber: efectuar un relatorio jurí-

<sup>31</sup> E. REY CARO, pg. 36.

<sup>32</sup> No es sin embargo lo que refleja la actuación del TPR hasta la actual instancia. Ha dictado tres laudos, el primero: «Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el Recurso de Revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay”, Asunto TPR-1/05», al que siguió la «Aclaratoria del Tribunal Permanente de Revisión de 13 de enero de 2006, Laudo de Revisión Prohibición de importación de neumáticos remoldeados»; el segundo: «Laudo del Tribunal Permanente de Revisión de 6 de julio de 2006, 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, Asunto TPR-1/06» y el tercero: Laudo N° 1/2007 del 8 de junio de 2007, «Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias – Controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay». En ninguno de los pronunciamientos referidos se dio la unanimidad. Recordemos que el TPR en estos casos se integró solamente por tres de sus miembros.

<sup>33</sup> RPO, art. 6 inc.3.

dico y fáctico de los hechos; exponer sobre el régimen normativo vigente de las OC, el concepto, naturaleza y objetivo de éstas; la primacía de la norma de Derecho de la integración sobre la Ley nacional; la prevalencia de la norma de derecho de la integración sobre el derecho internacional público y privado; la prevalencia de la norma de derecho de integración por sobre el orden público nacional e internacional; el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y al Protocolo de Santa María sobre Relaciones de Consumo; la situación del nuevo Reglamento del Procedimiento para Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes (RPOC /STJ).

Los demás miembros del TPR no se aferran en un todo ni de igual manera a tal planificación aunque en líneas generales abordan –algunos de los árbitros– estos ítems. Al efectuar consideraciones distintas, muchos de los tópicos mencionados no son desarrollados o quedan comprendidos en títulos generales. De esta aseveración se desprende una primera preocupación sobre el dictamen que gira en torno a la falta de una metodología clara, o carencia de una formulación común que desde lo formal presente mayor prolijidad, verbigracia, cada uno de los árbitros vuelve sobre el relato de los hechos reiterando las mismas circunstancias cuando perfectamente podría evitarse con un acuerdo metodológico en orden a como redactar y presentar la OC.

A) *¿Mayoría argumentativa o suma aleatoria de razones?*

Concierne en este trabajo, la competencia para emitir OCs a fin de lograr la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico mercosureño. Se exige como acabamos de señalar, que el cuerpo intervenga en pleno. Interesa particularmente la integración plenaria ateniéndonos a los razonamientos plasmados, muy diversos entre sí, aunque la suma alcanza una mayoría en algunos puntos, aunque no se trate de una mayoría argumentativa.

Uno de los posibles sustentos en favor de la opción asumida por el legislador mercosureño en relación a la obligatoriedad de fundar los votos en disidencia en las OCs –a diferencia de lo que acontece con los laudos– se vincula estrechamente con la propia idiosincrasia de la comunidad jurídica latinoamericana. Así, se ha sostenido que para los juristas de esta parte del mundo –a diferencia de lo que sucede en el TJCE donde las mismas no se fundan–, la fundamentación de la opinión disidente es una exigencia para la validez del dictamen<sup>34</sup>. Piénsese en «la perplejidad del juez y de las partes en un proceso llevado a cabo en cualquiera de los países miembros, si los integrantes del TPR que estuvieran en desacuerdo con la interpretación jurídica que la mayoría hace de una norma del acervo legislativo del MERCOSUR, no pudieran dar las razones de su desacuerdo y de su propia interpretación»<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> J. C. RIVERA, «La Opinión Consultiva en el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur», en *Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller Orchansky*, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, 2004, pgs. 203 y ss.

<sup>35</sup> J. C. RIVERA (nota 17), pg. 209.

### LA PRIMERA OPINIÓN CONSULTIVA EN MERCOSUR ¿GERMEN DE...?

Se trae a colación la situación planteada por las opiniones consultivas solicitadas por STJ, que deben necesariamente formularse en el marco de un proceso judicial en trámite<sup>36</sup>, en las que sería eventualmente cuestionable –a la luz de la garantía del debido proceso– la constitucionalidad de una pieza de convicción que contuviera tal limitación. Según esta posición, el RPO no ha hecho más que brindar una solución acorde con la práctica judicial de los países que componen el bloque, que de manera alguna significará un obstáculo a la eficacia uniformadora de las opiniones consultivas, haciéndolas, por el contrario, plenamente ponderables a partir de su validez constitucional.

#### B) *El tema argumentativo en la primera OC*

Los fundamentos en que se basó la decisión adoptada y plasmada en la OC 1/2007 derivan de opiniones individuales y aisladas, arrojando como resultado verdaderas propuestas autónomas de decisión y no una respuesta que en términos argumentativos puede catalogarse como fruto de una motivación mayoritaria.

Frente a esta cuestión para nada menor que plantea la OC cabe preguntarnos desde una perspectiva filosófica con alta incidencia en la práctica del esquema, si las razones de los jueces son o no parte del resultado. ¿Se trata de un problema formal o sustantivo?<sup>37</sup>

Las decisiones de los tribunales colectivos no constituyen la simple suma del resultado de opiniones a las que se arriba aisladamente, sino que se trata de opiniones a las que se llega sólo después de haber considerado los argumentos de los restantes miembros del tribunal<sup>38</sup>.

Podría cuestionarse la significación de esta óptica a partir de la falta de efecto vinculante de la OC, sin embargo no deja de ser un precedente a tener en cuenta sobre todo si se piensa que esta carencia puede ser prontamente modificada<sup>39</sup>.

Además, aunque el tema de mayorías resolutivas que no derivan de mayorías argumentativas puede no ser considerado un problema en el caso, otra razón que nos asiste a plantearlo es que estamos frente a un tribunal que ejerce en única y última instancia su competencia consultiva y resultará sumamente difícil apartarse de la respuesta que emite en ejercicio de dicha competencia aunque carezca de efecto vinculante.

De manera sintética, podría señalarse que la visión crítica que surgirá a

<sup>36</sup> Art. 4 RPO.

<sup>37</sup> M. FARREL, «La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos», *La Ley*, Argentina, 2003-F, 1161.

<sup>38</sup> M. FARREL (nota 37), pgs. 1161 y ss.

<sup>39</sup> Véase Informe del que participamos juristas de la región bajo la dirección de R. ALONSO GARCIA, en el marco del proyecto de la UE publicado bajo el título «Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR», *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, La Ley año 8, n° 5, 2004, pgs. 135-140.

consecuencia de esta OC puede llegar a traducirse en resoluciones de jueces nacionales que se muestren indiferentes frente al mecanismo adoptado por Olivos y a futuras OCs, o bien que efectúen una apropiación antojadiza y/o discrecional (arbitraria) de uno o varios votos que forman parte de esta Declaración (en razón de los argumentos allí contenidos); o –en versiones más extremas– de una o varias motivaciones aisladas, como fuente de justificación de sus decisiones, independientemente del sentido de la decisión final (parte resolutive). Esta dualidad de actitudes no resulta conveniente ni adecuada para la interpretación uniforme que es esencial a la hora de garantizar la seguridad jurídica requerida en MERCOSUR. Más aún, entre los efectos que puede provocar el pronunciamiento reciente –totalmente refractario al buscado a la hora de introducir este mecanismo– nos preocupa la «tacha de irrelevante» al TPR en el razonamiento práctico de los jueces nacionales, con el consiguiente impacto en el rol del Tribunal como intérprete último de las normas del MERCOSUR y garantizador de su aplicación uniforme.

### 3. La competencia del TPR en materia consultiva

Conforme las competencias que le fueran asignadas, en los supuestos en que son los TSJ de los Estados partes quienes las solicitan, como se ha visto ya, el TPR debe pronunciarse exclusivamente sobre la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR exigiéndose asimismo que verse sobre la que es de aplicación en una causa en trámite ante el Poder Judicial del Estado parte que la solicita<sup>40</sup>.

Al limitar la OC a la interpretación jurídica, pareciera que se excluye expresamente la posibilidad de pronunciarse sobre la cuestión de validez de la normativa MERCOSUR que sin embargo queda comprendida cuando quienes plantean la solicitud son los Estados partes conjuntamente o los órganos con facultades decisorias<sup>41</sup>.

El alcance que se asigna a la expresión «interpretación jurídica» requiere ser elucidado aunque no resulta muy simple conocer la voluntad que primó en la elaboración de la disposición.

Por un lado, puede entenderse que estuvo en el espíritu del legislador reconocerle un sentido amplio, por lo tanto abarcaría también la validez de la normativa, desde que sorprendería se asigne al TPR la interpretación (en sentido estricto) de una norma inválida. Podría incluso aparecer como una incoherencia la circunstancia de establecer un mecanismo de consulta sobre la interpretación jurídica de las normas sin existir vías de control jurisdiccional sobre la validez de las mismas, argumento que refuerza la postura por la cual el vocablo «interpretación jurídica» comprendería la validez de la normativa a interpretar.

<sup>40</sup> RPO, art. 4.1.

<sup>41</sup> Cfr. A. PEROTTI, «El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional», *DeCITA* 3, Buenos Aires, Zavallía, 2005, pgs. 558-560.

Sin embargo, desde el otro platillo, podría asumirse que la cuestión está estrechamente vinculada al debate en torno al cual gira el modelo MERCOSUR, o sea la cesión de competencias. El haber instaurado un tribunal de última instancia con las competencias que se le reconocen es un avance importante en aras de un cambio de sistema que, no obstante este hecho, sigue siendo intergubernamental. La resistencia de los Estados partes de instituir un sistema supranacional se advierte en la competencia acotada atribuida a este órgano y en todo caso, la solución sería coherente con el modelo elegido.

La diferencia expresa en el tenor literal de las normas según quien eleve la OC refleja la clara intención de diferenciar las situaciones. El carácter intergubernamental puede ser el motivo de haber previsto el control de legalidad en el supuesto de que se active la opinión consultiva a través de los Estados partes y los órganos decisorios. Pensando principalmente que el MERCOSUR depende de la voluntad política –motor del proceso– se pretende que las opiniones consultivas sean cumplidas aun cuando no son vinculantes. Si se establece una competencia que excede la porción de atribuciones que los Estados partes están dispuestos a ceder facultando las consultas del TSJ o ampliando el ámbito material previsto en el art. 1 del PO (interpretación, aplicación o incumplimiento), se corre el riesgo de disminuir el grado de cumplimiento de los dictámenes que se emitan, con la grave consecuencia de debilitar mucho más el bloque que transando al aprobar normas concesivas.

Este punto dio lugar al planteo de inaplicabilidad del RPOC/STJ particularmente en cuanto se refiere al pago de los gastos y costas que derivan de la OC.

El árbitro coordinador efectúa un extenso alegato de las razones que a su juicio conducen a la inaplicabilidad de las normas de derecho derivado por inconformidad con el Derecho originario del MERCOSUR<sup>42</sup>. Argumenta asimismo –extra petita– que como la inaplicabilidad que sustenta hace a una cuestión interna del MERCOSUR, «es decir, una cuestión que afecta al TPR con el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Secretaría del MERCOSUR», debe ser «vinculante». A nuestro juicio, su posición excede ampliamente las competencias del TPR.

El tema no es abordado por los Dres. MORENO RUFINELLI y J. G. RODAS, quienes se expiden conjuntamente en la fundamentación aunque se separan a la hora de votar sobre este ítem. El Dr. Rodas, conjuntamente con el Dr. OLIVERA y el Dr. BECERRA consideran que resulta aplicable el RPOC/STJ. En tanto que el Dr. Moreno Rufinelli vota en solitario sin descartar expresamente ni fundamentar la no aplicación del RPOC/STJ, empero apoyando su decisión en una posición unánime (acápito 5 de la Declaración) por la cual el TPR recomienda al CMC la revisión de dicho Reglamento en cuanto a la normativa sobre el pago de gastos y honorarios.

<sup>42</sup> Ver OC N° 1/2007, G.2, voto del Dr. W. FERNÁNDEZ DE BRIS.

La disquisición expuesta no hace sino reafirmar lo dicho en cuanto a la razonabilidad de los desarrollos y la falta de ilación entre las argumentaciones fundantes de los votos y lo dispuesto en éstos.

Respaldando la posición que sostenemos, cabe traer a colación el pensamiento volcado en un Informe sobre el «Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias»<sup>43</sup> del cual participamos, señalando:

«El propio TPR debe ser consciente de la responsabilidad que asume a través de pronunciamientos cuyos potenciales destinatarios son todos los operadores jurídicos de los Estados Partes, en última instancia sus respectivos jueces y tribunales. Ello trae como consecuencia la conveniencia de mostrarse particularmente generoso y sólido en la motivación de sus decisiones, evitando en lo posible opiniones disidentes (ajenas en el contexto arbitral *stricto sensu*, en el que los laudos lo más que admiten es manifestar la disconformidad sin exteriorizar el fundamento de la misma), que si bien pueden aportar riqueza al debate jurídico, pueden traer consigo inconvenientes de peso. Así, la posibilidad de que la *auctoritas* del TPR, no precisamente respaldada por la fuerza jurídica vinculante de sus decisiones, ausente como hemos venido viendo en el marco de las opiniones consultivas, pueda verse cercenada ante una opción por los jueces nacionales en favor de la opinión minoritaria (opinión que, además, les facilitaría la necesidad de fundamentar su pronunciamiento al margen o en contra del pronunciamiento del TPR, al hacer suya la fundamentación de la minoría en cuestión)».

Las decisiones del TPR –tanto las contenciosas como las consultivas– se adoptan sobre la base de ordenamiento vigente del MERCOSUR, el cual, además de comprender el derecho mercosureño originario y derivado, está integrado por las normas y principios del derecho internacional<sup>44</sup>. De hecho, se observa que pese a no ser mencionadas otras fuentes que puedan ayudar al TPR a lograr la interpretación más adecuada en los laudos dictados así como en la OC emitida se hacen repetidas alusiones a reglas y a decisiones del ámbito comunitario europeo.

Estimamos que el derecho de la UE –así como el de otros bloques o Estados– no es apto para fundar *per se* las decisiones del TPR, aunque puede servir de parámetro comparativo en algunos casos, dado el carácter paradigmático de la integración comunitaria europea.

## V. MÁS SOBRE LA RESPUESTA

Hemos adelantado que en las OC se registra tanto la opinión mayoritaria

<sup>43</sup> Ver (nota 39), pg. 137.

<sup>44</sup> Si bien el artículo 9.1 del RPO que reglamenta esta cuestión se refiere textualmente a «la *normativa* mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos», entendemos que no puede realizarse una interpretación tan estricta que lleve a obviar la posibilidad de que sean respondidas con base en los principios de derecho internacional, que figuran también en la norma de Olivos.

como las disidencias si las hubiere, posición que ha llevado a señalar el carácter no jurisdiccional y la naturaleza no adjudicativa de la OC. Esta circunstancia estaría diferenciando el procedimiento de las actuaciones destinadas a solucionar una controversia<sup>15</sup>. Recuérdese que cuando el TPR emite un fallo, los árbitros no pueden fundar su disidencia debiendo mantener la confidencialidad de la votación<sup>16</sup>. En tanto que en la vía consultiva, al exigir que las opiniones en disidencia estén expresamente consignadas<sup>17</sup>, se pretende asegurar la transparencia del procedimiento, además de posibilitar a las partes un acercamiento en función de una interpretación legal. Las diferencias de interpretación que se infieren de una norma, podrían derivar en una negociación mediante la cual se arribe a una solución.

A lo largo de diez acápites, en la Opinión en análisis, el TPR declaró su parecer acerca de los tópicos –no en todos los casos– en los votos individuales, consignando en cada acápite, si la decisión fue adoptada de forma unánime y distinguiendo los votos mayoritarios y disidentes cuando la unanimidad no se verificó.

La OC 1/2007 se expidió acerca de cuestiones jurídicas de fondo, institucionales, procedimentales y de forma. Testimonia así, el criterio del TPR en torno de asuntos como la propia naturaleza de las OCs, la prevalencia del derecho derivado de MERCOSUR sobre el derecho interno de los Estados partes, la aplicabilidad del PSM, la situación del RPOC/STJ, tanto en cuanto a su aplicabilidad, de acuerdo a lo ya referido supra, como en función de una eventual modificación y disponiendo lo pertinente en cuanto a las notificaciones a efectuar, traducción, publicación y registración.

Nos referiremos a renglón seguido a dos de los aspectos que junto a los considerados hasta aquí son a nuestro juicio, los que proporcionan una meridiana noción de la primera OC.

### 1. Acerca de las OCs

En el primer acápite se pronuncia el Tribunal sobre la naturaleza de la OC afirmando de manera categórica que:

Las OCs peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como «interpretaciones prejudiciales consultivas», agregando seguidamente que «aún» no se les reconoce carácter vinculante.

De esta aseveración deviene que hace a su competencia «interpretar el derecho de integración mercosureño» en tanto que «la aplicación de tal interpretación así como la interpretación y aplicación del derecho nacional» compete en forma exclusiva a los órganos judiciales nacionales que elevan la consulta.

<sup>15</sup> S. CZAR DE ZALDUENDO, «La competencia consultiva en el MERCOSUR», en *La Ley*, Argentina, 2005-F, 68.

<sup>16</sup> Así se establece en el art. 25 PO.

<sup>17</sup> Art. 9.1.c RPO.

El adverbio «aún» que informa el voto emitido por el TPR en orden a la falta de efecto vinculante, denota el interés de promover una reforma del sistema hacia el reconocimiento del mismo a las OCs.

Frente al tenor del primer apartado surgen de inmediato una serie de interrogantes que pueden conjugarse con las nociones expuestas en la primera parte de este trabajo. Así:

¿Es conveniente la caracterización efectuada por el TPR en esta primera OC?

En realidad, la calificación realizada no agrega ni desagrega a lo ya dicho sobre este instrumento. En todo caso, manifiesta cierta inconsistencia con las afirmaciones que unilateralmente realizan en sus respectivos pareceres además de dejar asentado las diferencias conceptuales que existen en el seno del Tribunal. Mientras uno de los árbitros insiste en la calidad prejudicial de la OC<sup>48</sup>, otro de los miembros se enrola de forma terminante en desconocer dicha calidad prejudicial del instrumento en razón de descartar que «[l]as normas de MERCOSUR constituyan Derecho comunitario»<sup>49</sup>.

Así, el miembro coordinador de la redacción luego de una pormenorizado relato acerca de la naturaleza de la OC y una exposición comparativa con otros sistemas –que podría considerarse una extralimitación en el ejercicio de su función– señala su disconformidad con el nombre de «opinión consultiva» que recibe esta herramienta en el sistema MERCOSUR, destacando que el hecho de no ser obligatoria y su falta de efecto vinculante, contrarían la característica de imperatividad que todo tribunal detenta. Considera asimismo que al no cumplir con esos recaudos «se desnaturaliza por completo el concepto, naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación judicial»<sup>50</sup>.

Además de reiterar a lo largo de su voto la posición que asume con respecto a las falencias de que adolece la OC en el sistema MERCOSUR avanza instando, por una parte, a las autoridades orgánicas a fin de que mejoren las características establecidas en las normas actuales en un lapso corto de tiempo; en tanto que por otra, se dirige a los órganos nacionales –las Cortes Supremas de Justicia de los Estados partes– llamándoles la atención sobre la importancia de elaborar mecanismos de solicitud de OCs que permitan el contacto más directo y expedito posible entre el TPR y los jueces nacionales consultantes. Sostiene el árbitro, que de seguir esta línea se respetará y observará la naturaleza y objetivo de las consultas.

Otro detalle a tener en cuenta es que en uno de los razonamientos se considera que la «[c]onsulta planteada no refiere estrictamente a la interpreta-

<sup>48</sup> W. FERNÁNDEZ DE BRIN, OC: B.I. Concepto, naturaleza y objetivo de las OC.

<sup>49</sup> Señala R. OLIVERA que siendo así se explica que «[l]os dictámenes de opinión consultiva no sean aún prejudiciales respecto del fuero nacional, en el sentido que no son vinculantes para el juez consultante».

<sup>50</sup> W. FERNÁNDEZ DE BRIN, ap. 4.

ción de las normas contenidas en el PBA, sino a la dilucidación del aparente conflicto de fuentes normativas aplicables». De todos modos el árbitro encuentra en el «principio de colaboración con la justicia» fundamento para evacuar la consulta<sup>51</sup>.

En tanto que los dos árbitros que emiten conjuntamente sus argumentaciones –antes citados– entienden a la OC como «un formidable instrumento de armonización» que si bien no tiene efecto vinculante contribuye a reconocer cierta esfera de supranacionalidad en el proceso.

No obstante las disquisiciones enunciadas la definición de la OC, es emitida mediante voto unánime.

Ni en punto a la definición de la OC ni en los que siguen advertimos entre las posiciones mentadas, una sucesión argumentativa en el razonamiento legal, plasmado luego en la Declaración, a los fines de alcanzar la necesaria armonización en aras de la interpretación uniforme que se requiere<sup>52</sup>.

## 2. Prevalencia del derecho de la integración sobre el derecho interno de los Estados Partes

### A) *La calidad del derecho del MERCOSUR*

El debate sobre este tema existe desde los albores del proceso subregional preocupando in extenso no tan sólo a la doctrina, a la jurisprudencia y al operador en general, sino que fue abordado por los tribunales ad-hoc de MERCOSUR (TAHM) de cara al modelo de integración regional<sup>53</sup>.

Un esquema supranacional<sup>54</sup> genera un derecho impregnado de los principios que el TJCE fue sentando con relación al acervo jurídico de la Unión, esto es la primacía del derecho comunitario por sobre el derecho interno de los Estados miembros, la aplicación inmediata de ese ordenamiento normativo y su efecto directo<sup>55</sup>. En tanto en MERCOSUR, dada su naturaleza

<sup>51</sup> R. OLIVERA, OC: B) Competencia del TPR para emitir la opinión consultiva.

<sup>52</sup> Acerca del esquema del razonamiento judicial resulta insoslayable la lectura de la obra de R. L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2006, pgs. 183 y ss.

<sup>53</sup> Es muy ilustrativa la visión sobre los laudos arbitrales en orden a estos factores que brinda D. OPERETTI BADÁN, en «Solución de controversias en el MERCOSUR y la experiencia uruguaya», *Congreso sobre las Inversiones en el Atlántico Sur: Uruguay, puerta al MERCOSUR*, Instituto Suizo de Derecho Comparado, ALADI, 2007. Los laudos de los TAHM y los del TPR pueden consultarse en: [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy)

<sup>54</sup> Téngase presente que cuando afirmamos este carácter no señalamos que la supranacionalidad del modelo sea el único carácter de un proceso de integración. No existe un esquema solamente supranacional, sino combinado con adecuadas dosis de intergubernamentalidad.

<sup>55</sup> Muy interesante estudio sobre los principios en la jurisprudencia comunitaria realiza D. Sarmiento, *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004. También en la CAN se encuentran los caracteres mencionados acordes con la naturaleza del derecho, todo reflejado en las sentencias del Tribunal de ese sistema de integración. Ver A. PEROTTI, *Los principios del derecho comunitario*

netamente intergubernamental y el procedimiento de incorporación de las normas aprobadas, así como el modo de su entrada en vigor, no autorizan –bajo nuestra óptica– a reconocerle ab initio esos caracteres.

Los árbitros del TPR muestran un abanico de posiciones que van desde atribuir a rajatabla los caracteres propios del derecho comunitario europeo o andino al derecho MERCOSUR, hasta un desconocimiento acendrado de la calidad de derecho de la integración –aunque se mencione como categoría– asimilándolo en un todo al derecho internacional de fuente convencional. En efecto, en un extremo se reconoce la primacía del derecho del MERCOSUR por encima de las fuentes nacionales al ubicar el ordenamiento jurídico mercosureño por su propia naturaleza en grado de derecho comunitario<sup>56</sup> –posición que no compartimos– en tanto que ubicado en último término se encuentra el voto por el cual se llega a aclarar que la aplicación del PBA no implica un pronunciamiento respecto a la jerarquía de fuentes sino responde al «sistema general de razonamiento que en materia de fuentes debe privar en un caso de tráfico jurídico externo»<sup>57</sup>.

En nuestra comprensión, las diferencias con el derecho comunitario por un lado y con el ordenamiento convencional por otro, radican principalmente en los factores que seguidamente enunciamos.

*La fuente de producción:* el derecho de la integración se genera en el ámbito de los órganos con facultades decisorias del MERCOSUR.

*El ámbito subjetivo:* las normas jurídicas de MERCOSUR están acotadas en cuanto a su vigencia a los Estados partes y en su caso, a los Estados asociados.

*La finalidad:* el acervo normativo del proceso de integración en formación se elabora con las miras puestas en la conformación de un mercado común, aunque lejos esté MERCOSUR aún de poder considerarse como tal.

*Factores propios:*

Por no contar con órganos legisferantes en los cuales se haya delegado legítimamente competencia para elaborar normas pasibles de aplicación inmediata y efecto directo, las mismas requieren incorporación legislativa. No pueden entrar en vigencia hasta tanto se dicte la Ley pertinente y se cumplan los recaudos establecidos expresamente en el Protocolo de Ouro Preto sobre Estructura Institucional.

Una importante cantidad de fuentes elaboradas por los órganos referidos no deben someterse al procedimiento señalado aunque deban efectuarse otros procedimientos a través de órganos administrativos de los Estados partes para su internalización por tratarse de cuestiones que hacen en el ámbito

*y el derecho interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el derecho del MERCOSUR*, Córdoba, Jurídica (en prensa), 2007.

<sup>56</sup> Aunque no se lo califica así en el voto, si en cambio en el razonamiento en el cual se funda W. FERNÁNDEZ DE BRIN.

<sup>57</sup> Del voto de R. Olivera.

### LA PRIMERA OPINIÓN CONSULTIVA EN MERCOSUR ¿GERMEN DE...?

interno de los países a las facultades de regulación en dichos ámbitos. Luego, existen también normas que entran directamente en vigor sin más referidas por ejemplo, a la estructura orgánica.

Es particular de este ordenamiento normativo distinguir entre un derecho originario (los tratados fundacionales y su sistema de solución de controversias) y un derecho derivado que nace al amparo de ese conjunto legal que lo respalda.

#### B) *Orden público internacional*

El instituto del orden público internacional no es objeto de un voto particularizado sino que el problema se condensa en los votos (en mayoría y concurrente) que se pronuncian sobre la cuestión de la primacía. Sin embargo no podemos pasar por alto el tratamiento que recibe dado el relevante papel que le concierne cuando en las situaciones internacionales corresponde aplicar una vertiente jurídica distinta a la del foro, sea de fuente nacional, convencional o institucional<sup>58</sup>. Las posturas tan diferentes que aparecen en esta OC y que derivan en igual decisión –esto es la aplicación del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual– merecen un párrafo especial.

¿Qué es el orden público internacional?

Elaborar un concepto que contenga el orden público internacional ha provocado en los juristas y doctrinarios del mundo entero –especialmente de Derecho internacional privado– más enigmas que certezas<sup>59</sup>. No pretendemos en esta oportunidad abarcar el instituto en su vasta problemática sino dejar en claro algunos aspectos que pueden servir de orientadores a la hora de analizar lo dispuesto en esta OC. Nos limitaremos a exponer algunos puntos que se vinculan de modo directo con la figura en la integración regional.

Con el afán de situar el problema digamos que en ciertos casos una regla jurídica extranjera normalmente aplicable es excluida por motivos especiales. Esta actitud es fruto de considerar que su aplicación devendría en un resultado contradictorio o inconsistente con algún principio fundamental de la Ley del foro.

Los ordenamientos jurídicos nacionales contienen principios propios que son precisamente los que le dan solidez y autonomía. Actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de normas e integran el derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al intérprete y fundamentan el orden jurídico. En suma, son la esencia de los respectivos derechos.

<sup>58</sup> Sobre el tema, A. DRENZIN DE KLOR, *El MERCOSUR: Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalía, 1997.

<sup>59</sup> La noción de orden público internacional puede consultarse además en: G. PARRA ARANGUREN, *Curso General de Derecho internacional privado. Problemas Selectos y otros Estudios*, Caracas, Fundación Fernando Parra Aranguren, 1992 pgs. 117-136; J. FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, pgs. 482 y ss.

El orden público actúa como correctivo funcional que obra como una acción de defensa de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad, como una defensa de la comunidad nacional, de su orden social y jurídico.<sup>60</sup>

El carácter excepcional y funcional de la institución es ampliamente aceptado por lo que consideramos un acierto que actualmente no se discute si consiste en *disposiciones* o si se trata de *principios*; la calidad restrictiva de la defensa nos dirige derechamente a la consideración del orden público internacional como «conjunto de principios»<sup>61</sup>.

En el ámbito del derecho privado ha cobrado una dimensión cada vez mayor la autonomía de la voluntad desplazando normas imperativas de los ordenamientos internos que pasan a tener vigencia subsidiaria. En consecuencia, se achica el espacio para la aplicación de esta defensa; la misma regulación del instituto lo demuestra desde que las últimas convenciones y protocolos de la integración han previsto su empleo ante la manifiesta contraposición con los principios en que se sustenta la legislación interna.

En el caso concreto, en que corresponde la aplicación del PBA existe específicamente la posibilidad de oponer la excepción de orden público internacional.

Tanto los protocolos que conforman la fuente de Derecho internacional privado institucional, como los diferentes tratados o convenios que vinculan a los Estados, así como los respectivos ordenamientos internos incluyen una disposición que autoriza a la no aplicación del derecho extranjero que resulte lesivo a las normas y principios locales.

Estas precisiones relacionadas con el orden público internacional resultan un factor muy importante por el valor que revisten las respectivas legislaciones internas en función de su aplicación entre los Estados partes. Es cierto que el fenómeno regional conduce a disminuir las barreras del orden público pues hace a las características propias de los procesos de integración una mayor asimilación y acercamiento en las soluciones legislativas de los Estados partes pero es innegable la posibilidad de articular la excepción en los supuestos de violación manifiesta de principios y normas del ordenamiento del foro.

Consignamos tales aseveraciones sólo a los efectos de determinar que las normas de derecho del MERCOSUR tienen primacía sobre el derecho interno en tanto no sean contrarias al orden público del Estado en el cual se aplicarán, de esta suerte genera resistencia la afirmación sostenida en minoría

<sup>60</sup> Conf. M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, Parte 2ª, Madrid, Universitas, 1982, pg. 196.

<sup>61</sup> La excepción de orden público internacional, puede funcionar de dos modos distintos: a priori, esto es cuando antes de consultar el derecho extranjero que la norma del foro declara aplicable, éste es descartado por el derecho propio, o a posteriori. En este caso, se procede a consultar el derecho extranjero, quedando descartado sólo en la medida que su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación.

respecto a que «Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados partes, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados partes, de conformidad a los deslindes realizados en relación al concepto de orden Público, y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración»<sup>62</sup>.

En definitiva, no hubo acuerdo en considerar que el Derecho MERCOSUR prima sobre el derecho interno por su propia naturaleza. En este sentido, el voto mayoritario se pronuncia por la primacía del Derecho MERCOSUR siempre que haya sido incorporado a los respectivos órdenes jurídicos, sobre el derecho interno<sup>63</sup>. Ratifica la postura que el Derecho de la integración no goza de los principios reconocidos al derecho comunitario.

Es dable destacar que bajo este acápite y suscripto también en mayoría por los mismos árbitros, se considera que la evaluación sobre la afectación del orden público internacional en el caso concreto compete al juez nacional.

Es coherente al instituto que sea el tribunal nacional quien efectúe la valoración del derecho derivado del MERCOSUR y que en la medida que no sea manifiestamente contrario a la legislación nacional, proceda su aplicación.

## V. ALGUNAS REFLEXIONES

A efectos que los ciudadanos se sientan progresivamente respaldados por la justicia en el MERCOSUR, los instrumentos creados por el PO y las normas que lo complementan cumplen un rol esencial.

El MERCOSUR inauguró el sistema de OCs con un pronunciamiento que a nuestro parecer, padece falencias en orden a cumplir los objetivos previstos en las normas que dan origen y reglamentan el instrumento jurídico.

Lejos de considerar que esas falencias perjudican el sistema de solución de controversias y la posibilidad de avanzar en la interpretación uniforme del ordenamiento mercosureño, estimamos que es un primer paso válido y sobre todo, perfectible. El progresivo mejoramiento del sistema dependerá, entonces, en gran medida del impacto que este primer OC despliegue entre los operadores jurídicos, más que por su resultado, como mecanismo armonizador.

<sup>62</sup> 2.1 (Voto concurrente del miembro coordinador Doctor Wilfredo Fernández y Doctor Nicolás Becerra).

<sup>63</sup> Así se pronunciaron los árbitros José A. Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Ricardo Olivera García, quienes suscribieron que «las normas del MERCOSUR internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados partes». Acápite 2 de la Declaración.

Las opiniones consultivas no tienen efecto vinculante y no son obligatorias. Estos caracteres parecieran bloquear en gran medida el sistema. Sin embargo, entendemos que no provocará tal resultado. El Reglamento, si bien niega la obligatoriedad, se preocupa por la difusión de la decisión<sup>64</sup>. Piénsese en una situación hipotética en la que los tribunales decidan apartarse de lo dispuesto por el TPR. Se estaría restando autoridad a un tribunal que en pleno interpreta el derecho mercosureño y que no deja de ser independiente, investido de facultades decisorias.

Si bien nos hemos pronunciado con anterioridad criticando el efecto no vinculante, hoy consideramos que no estuvo errado el legislador del MERCOSUR pues el hecho de no contar con un tribunal de justicia con los caracteres que implican estabilidad y dedicación exclusiva así como una mayor autonomía financiero-operativa, trae consigo la conveniencia de respetar el principio de gradualidad que observa en general el modelo mercosureño.

El mayor o menor grado de aceptación que reciban las OCs por los magistrados se articulará con la confianza que amerite el sistema y la claridad o el «peso moral» que vayan ganando los pronunciamientos. Una respuesta sólida e inequívoca tendrá menos posibilidad de ser descartada, aunque la OC no sea vinculante.

El TPR no puede ser considerado un órgano jurisdiccional que cubre las necesidades que el esquema de integración amerita. Sin embargo, es una pieza relevante del entramado existente, germen de un Tribunal de Justicia que contará –en función de su desenvolvimiento y del que muestre el sistema– con plenas competencias para velar por el debido respeto del esquema de integración a la vez que garante de todo el acervo normativo que requiere de interpretación común cualquiera que sea el territorio de aplicación dentro del bloque.

Tomando como punto de partida que los particulares, por principio, deben intentar combatir las deficiencias de tipo estructural que plantea el modelo ante sus propios tribunales y siendo de la esencia de la integración el ámbito de la arquitectura judicial, se plantea la imperiosa necesidad de una visión de conjunto nucleando al TPR y a los tribunales de los Estados partes. En este orden de ideas, el principio de cooperación leal entre ambas instancias –la nacional y la mercosureña– requieren que como centro de atracción en torno al cual gire el desarrollo del modelo, se considere la importancia de dinamizar la opinión consultiva solicitada por las judicaturas nacionales por un lado, y la emisión de la misma por el TPR conforme a principios de coherencia, congruencia y secuencia argumental entre los fundamentos y las declaraciones que resulten del pedido.

<sup>64</sup> El art. 10.2 RPO ordena la notificación a todos los Estados partes y el art. 13 RPO su publicación en el BOM. El art. 10 ROC, por su parte, ordena la notificación a todos los Estados partes, con copia a la SM, y a todos los tribunales superiores (no sólo al que solicitó la opinión consultiva).

*LA PRIMERA OPINIÓN CONSULTIVA EN MERCOSUR ¿GERMEN DE...?*

La cuestión prejudicial es un valioso instrumento que el MERCOSUR debe mirar con especial atención siendo la opinión consultiva una suerte de esbozo o primer estadio hacia la adopción de un mecanismo que se acerque más a los caracteres de la figura europea. Será necesario a tal efecto, que las condiciones estructurales se desarrollen avanzando hacia un sistema de solución de conflictos que reemplace el actual modelo provisorio conforme se deja expresamente plasmado en el Protocolo de Olivos para la solución de controversias<sup>65</sup>. Ello, a la luz de los objetivos consignados –principalmente la uniformidad hermenéutica– sin dejar de considerar la experiencia ganada hasta el momento.

<sup>65</sup> Artículo 53: «Revisión del sistema. Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción».