

**LAS INICIATIVAS DE INTEGRACIÓN.
EL MERCOSUR JURÍDICO**

ADRIANA DREYZIN DE KLOR*

* Doctora en Derecho y Cs. Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; ex Consultora Jurídica de la Secretaría del MERCOSUR; árbitro por Argentina de MERCOSUR; Codirectora de *DeCITA* (Revista de Derecho del Comercio Internacional, Buenos Aires/Florianópolis).

Esta publicación toma como base la ponencia presentada por la autora en el Seminario “El Derecho de la Integración Suramericano en su contexto” realizado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 6 y 7 de diciembre de 2007.

Sumario: El siglo XX ha actuado de escenario en la conformación de numerosos procesos de integración de los cuales, sin que exista espacio para el debate, la Unión Europea es el más exitoso y trascendente. No es casual que se haya desarrollado ese afán por crear asociaciones regionales; entre los motivos que obran como detonante de la aparición de estos fenómenos la dimensión que se instala del agotamiento de los modelos de autosuficiencia estatal reviste un carácter significativo.

En este artículo abordamos el MERCOSUR como fenómeno de integración a partir de su creación, transitando por los momentos que, dados los hechos que se van sucediendo en los años que lleva de vida, implican pasos esenciales en su desenvolvimiento.

Nuestro acento está puesto en el devenir jurídico del espacio subregional aunque sin perjuicio de ello, debemos introducirnos en algunos aspectos político-sociales y económicos, pues como resultó de los análisis llevados a cabo en el Seminario en que presentamos este trabajo, el MERCOSUR, al igual que todos los procesos regionales se identifica por un objetivo específico. El propósito se centra en instrumentar los medios para mejorar la calidad de vida de los pueblos para lo cual todo estudio e investigación que aspire a coadyuvar en esta opción aportando metodologías, descubriendo opciones que posibiliten profundizar la integración, a la vez que la interacción de los Estados en esa dirección, debe ser desde una perspectiva multidisciplinaria contemplando las diversas aristas que confluyen a tal efecto. Los principios aplicados por los Tribunales del MERCOSUR también cumplen un papel muy importante en orden a los enunciados efectuados, por lo que su consideración hace parte de este trabajo, así como la emisión de opiniones consultivas por las que se tiene a avanzar en la interpretación uniforme del derecho mercosureño.

I. EL MERCOSUR: su actualidad desde la perspectiva jurídica

El MERCOSUR, como todo proceso de integración regional es un fenómeno multidisciplinario que se lleva adelante a partir de un emprendimiento político fundado en necesidades sociales, con miras a avanzar en un desarrollo económico. A tal efecto, se plasman en normas jurídicas las acciones y conductas sobre las cuales construir el esquema.

Nuestra visión ceñida a la faz jurídica requiere acotar la perspectiva, dado su alcance y desarrollo. A nuestro entender, comprender el MERCOSUR hace necesario situarnos en la coyuntura en que se genera el proceso y efectuar un breve recorrido por su evolución para centrarnos en la actualidad y analizar que sucede hoy en este fenómeno particular que se lleva a cabo entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay y que tiene como asociados a Bolivia, Chile y a los otros países de la Comunidad Andina; en tanto ocupa un lugar peculiar Venezuela

A. DREYZIN DE KLOR

que no es aún parte pero tiene una posición diferente a la de los Estados asociados.

En consecuencia el criterio que seguimos para efectuar la selección temática se basa en efectuar un recorrido que abarca desde la firma del Tratado de Asunción hasta la actualidad, destacando los hechos más importantes a sabiendas que quedan sin abordar un importante número de cuestiones que no podemos abordar en estas clases conforme el tiempo asignado.

Nuestros temas serán:

1. 1991: El punto de partida
2. 1994: POP un documento esencial
3. 1998 / 2003: El Protocolo de Brasilia como marco de los laudos arbitrales
 - a) Los principios orientadores. Derecho internacional y derecho de la integración
 - b) ¿Precedente jurisprudencial sin tribunal supranacional?
4. 2006-2007: Avances: el POP. Opiniones consultivas
5. 2007/2008: Más opiniones consultivas
6. ¿Y ahora qué?

1. 1991: El punto de partida

Conocer el marco jurídico sobre el cual se construye el MERCOSUR requiere retrotraernos a mediados de la década de los ochenta, que es cuando comienza a gestarse el proceso. Las profundas transformaciones producidas en la configuración del mundo por la aparición de complejos problemas globales afectando a la comunidad internacional en su conjunto, como la escasez o mala distribución de los alimentos, las presiones demográficas, la competencia por el control de los recursos, o toda la gama de problemas económicos como la inflación, el desempleo y el endeudamiento, hasta las cuestiones tales como la inestabilidad de los mercados y de productos básicos¹, decidió a los países a interrelacionarse mediante alianzas e integraciones como un medio de afrontar este difícil panorama.

¹ Carrillo Salcedo, J., señala una lista interminable de problemas mundiales que de forma impresionante atacan el sistema. *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1985, p.13.

La influencia externa fue asimismo, fundamental en la conformación del MERCOSUR en tanto los profundos cambios que se suceden en el mundo repercuten en la región sudamericana imponiendo de algún modo la gestación del proceso. Si bien nuestras miras se ciñen a la perspectiva jurídica, no es posible prescindir de efectuar un encuadramiento histórico-cronológico que nos ubique en el contexto en que se desenvuelven las relaciones intrazona.

De esta suerte cabe consignar que Latinoamérica observó - no sin sorpresa - la aparición en el escenario internacional del mercado común europeo que desde sus mismos inicios comienza a ejercer una marcada influencia en esta región. En esa línea es que los Estados de la región reafirman la idea de que a los fines de la inserción mundial de Latinoamérica, es necesario un replanteo de la política a adoptar en un futuro inmediato. Concientes de las vicisitudes que atravesaban, observar el proceso en el viejo continente y los resultados que poco a poco comienzan a vislumbrarse, acelera la idea integracionista de los gobiernos de turno².

Cabe señalar que en América Latina esta opción estuvo asociada a un recetario de desarrollo económico que pregonaba la ampliación del mercado regional y la elaboración de una estrategia común de industrialización³.

² Ver Dreyzin de Klor, A. *El MERCOSUR: generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*, Zavalía, Buenos Aires, 1997. Luego de la Segunda Guerra Mundial, aproximadamente a partir de 1945-50, comenzó una nutrida discusión gubernamental y teórica producida principalmente por economistas e intelectuales sobre los méritos de la integración entre Estados, como herramienta propulsora de modernización, crecimiento y prosperidad económica. La elaboración teórica que se fue desarrollando paralelamente produjo, sobre todo, argumentos exclusivamente en aspectos económicos de la integración relegando las fases políticas y sociales a un plano de menor importancia. Conf. "Teorías sobre la integración aplicables a la unificación de los países latinoamericanos"; A.Frambes Buxeda, *Configuraciones del mundo actual*, año 1, n° 2, Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco, México, 1993.

³ Afirma Rostow en *La economía del despegue*, que no se puede perder de vista las discusiones teóricas planteadas en las ciencias sociales en torno a: la "teoría del desarrollo" y "teoría de la dependencia". La primera plantea como se moderniza e industrializa un país alcanzando niveles de vida, educación, salarios y otros aspectos que propenden a una existencia humana próspera y eficiente enfocando, algunos doctrinarios, la mecánica económica solamente e incluyendo otros, el impacto y pertinencia de lo social, lo jurídico y lo político. Madrid, Alianza Editorial, 1967. Ver también: Mansilla, H., "Latin America and the Third World: Similarities and Differences in Development Concepts", en *Vierteljahresberichte*, N°68, Bonn, 1977, ps.119-135. Kalmanovitz, S., "Cuestiones de método en la teoría del desarrollo", en *Comercio Exterior*, vol. 32, núm 5, México, 1982, ps. 531-542. Acerca de la teoría de la dependencia, puede consultarse Cardoso F. H./ Faletto, E., *Dependencia y desarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1979; Sünkel, O., "Dependencia, cambio social y urbanización en Latinoamérica", ILPES, Chile, 1967; Furtado, C., "Dependencia externa y teoría económica", en *El Trimestre Económico*, México, vol. XXXVIII, n° 150; "Dependency and Marxism, Toward a Resolution of the Debate", Boulder, Colorado, Westview Press, 1982.

A. DREYZIN DE KLOR

Con anterioridad al nacimiento del entonces Mercado Común Europeo se intentó conformar entre los Estados Latinoamericanos distintos tipos de asociaciones económicas, pero las circunstancias coyunturales por las que atravesaba la región no dieron cauce a las iniciativas. Entre las causas que impidieron crear las condiciones necesarias para que emprendimientos de esa naturaleza pudieran concretarse, podemos contabilizar las dificultades para compatibilizar las diversas políticas desde la faz económica, los sentimientos nacionalistas que acompañaban esas políticas y el recurrente cuadro de inestabilidad institucional en la región⁴.

En tanto que la alineación universal al iniciarse la década de los noventa, caracterizada por la creación de nuevos espacios geográficos con clara definición unificadora de sus intereses y de su accionar, unida a las circunstancias por las que atravesaban las economías de los países latinoamericanos, fueron marco propicio para la firma del Tratado de integración económica. Este documento se firma en Asunción el 26 de marzo de 1991⁵.

Los factores existentes impulsaron a los gobiernos a imprimir al proceso de adecuación a la nueva conformación del escenario internacional una dinámica particular planteándose una alianza que les garantizara la supervivencia en el mercado mundial globalizado⁶. Se revitaliza de este modo el proceso de integración regional sustentado en el apoyo político de los Estados miembros concientizados del significado de la integración como medio viabilizador del crecimiento⁷.

⁴ Así, por ejemplo, entre Argentina y Brasil, en 1939, se intentó la concertación de un acuerdo de complementación de actividades industriales nuevas dentro de un marco de libre comercio. En 1941, se propuso la Unión Aduanera del Plata.

⁵ El Tratado de Asunción se firma por los Presidentes y Ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro países, a saber: República Argentina: Carlos Saúl Menem-Guido Di Tella; República Federativa de Brasil: Fernando Collor de Melo-Francisco Rezek; República de Paraguay: Andrés Rodríguez- Alexis Frutos Vaesken; República Oriental del Uruguay: Luis Alberto Lacalle Herrera-Héctor Gros Espiell.

⁶ A la fecha de la firma del Tratado de Asunción se evidencia la integración de varias supraregiones económicas siendo las principales: Europa Occidental, América del Norte -(EE.UU., Canadá y México) y la Región del Pacífico (Japón, y vecinos con relaciones estrechas con E.U.A., Canadá y Australia). La característica que se observa en la integración de zonas como las mencionadas, es la de estar basadas en la eficiencia de la "revolución científico técnica" que se produce de la siguiente forma: -con una especialización, cooperación y cierta división de trabajo entre regiones, -entrelazamiento de capital, cooperación científico-técnica, desarrollo de una red de ventas, desarrollo de red extranjera de servicios financieros, cooperación en el comercio y el suministro de materias primas-. Conf. Frambes Buxeda, A. (nota 2) p.287.

⁷ El Tratado entró en vigencia el 29 de noviembre de 1991. Argentina y Brasil, procedieron en forma simultánea a depositar el instrumento de ratificación, ante el Gobierno de la República de Paraguay, país designado a tal efecto, el 30/10/91; Paraguay

Con anterioridad a la firma del Tratado de Asunción⁸ se instaló el debate acerca del modelo de integración que convenía adoptar; entre los esquemas posibles se optó por constituir y apuntalar un “verdadero espacio económico común que potencie las ventajas competitivas del conjunto, para lograr una inserción más adecuada a los mercados internacionales”. Este tipo de asociación era el que mejor respondía a la ambición de quienes participaron activamente en las negociaciones⁹.

La firma de este instrumento jurídico significó una superación de la serie de fracasos que en materia de integración regional venían sucediéndose en la zona, a la vez que la esperanza de arribar en esa oportunidad al logro del tan deseado medio para alcanzar un desarrollo solidario y sustentable de los países involucrados en el esquema regional.

Siguiendo los lineamientos plasmados en los convenios que precedieron al Tratado cuatripartito hubo consenso en centrar el proceso, en su primera etapa, en el aspecto económico. Es así que el esfuerzo llevado a cabo por los Estados se enmarca en una serie de factores estructurales, tales como: la asimetría económica, el bajo nivel de intercambio comercial, una agenda conflictiva de temas comerciales, programas convergentes de políticas externas, voluntad política favorable a la integración, revisión y modificación de pautas del comercio bilateral, cuadros técnicos preparados y sensibilizados para la cooperación y la integración; intereses sectoriales favorables al proyecto; condiciones beneficiosas de proyección subregional y la elaboración de medidas de confianza en temas estratégicos.

y Uruguay, también cumplieron el requisito de depósito del instrumento, en la misma fecha: el 1° de agosto de 1991.

⁸ Denominación que recibe conforme establece el art. 23 del mismo Tratado.

⁹ Así lo sostuvo el ex Secretario de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Argentina, Embajador Alieto Guadagni, mientras que, desde otro costado, no faltan opiniones de quienes sostienen que el “Tratado de Asunción estableció fundamentalmente un compromiso entre los cuatro países para la formación de una zona de libre comercio”. En este sentido, ver Simonsen y Asociados, *MERCOSUR: El Desafío del Marketing de Integración*, Makron Books do Brasil Editora Ltda., Sao Paulo, 1992, p. 17. Por otra parte, viene a colación que, tanto Gomes Chiarelli, ex Ministro brasileño de integración, como Di Tella, canciller argentino, coincidieron en enfatizar que el Tratado de Asunción, desde su inicio, dio nacimiento institucional a una estructura orgánica perfectible, pero totalmente definida en su naturaleza jurídica, objetivo y plazos. La zona de libre comercio del Mercosur -decía Gomes- es solamente una parte del todo. Pero no de un todo escalonado en el tiempo; no una etapa de un proceso, sino un segmento integrativo de un conjunto concebido como un todo “ab initio”. Ver ob.cit. pp.139-140. En el mismo sentido, Lipovetzky afirma que las experiencias integracionistas anteriores de América Latina, incluyendo las más cercanas de ALALC y la ALADI, sirvieron para extraer conclusiones y evitar nuevos errores; o por lo menos intentarlo. La influencia de la experiencia europea, fue también notoria en la elección del objetivo de fundar un mercado común, y no otra zona de libre comercio. Ver *MERCOSUR / MERCOSUL*, p. 55.

A. DREYZIN DE KLOR

En cuanto al principal soporte político, éste se exterioriza en los enunciados preliminares del TA en los que se reafirma la “voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos”, vocación que también se pone de relieve en oportunidad de la ratificación del Tratado por los parlamentos de los cuatro países intervinientes sin ningún tipo de reservas.

Las sucesivas reuniones del Consejo Mercado Común (CMC)¹⁰ de las que participan los presidentes de los EP son marco para que los mandatarios reiteren la firme voluntad política que los anima en el sentido de apuntalar la unión económica y afianzarla en sus objetivos¹¹.

Si bien se insiste permanentemente en el necesario apoyo político sustentado en la voluntad que debe guiar a los protagonistas, la elucidación deviene de las vicisitudes que conlleva la experiencia sobretodo, en sus inicios. Involucrarse en una empresa como el MERCOSUR requiere no mentirse; es imprescindible alentar la especialización, hay que destruir ciertas industrias en los países que sean menos rentables y reforzarlas en otros; lo problemático es hacerlo del modo más equilibrado y racional posible. No hay que olvidar que no se está integrando economías iguales. Antes bien, para que se configure el proceso es menester que se entrelacen economías desiguales¹².

De esta suerte, se torna necesario un desarrollo solidario, conjunto, con base en la asociación de capitales, de empresas binacionales y una correcta asignación geográfica de las diferentes ramas industriales, poniendo mayor énfasis en nuevas radicaciones que concurran a desarrollarse en el espacio económico.

El Tratado de Asunción

El Tratado de Asunción nace como un reto a la capacidad de los países que lo suscriben de crear, hacer y competir; como un instrumento imprescindible para el logro de un “desarrollo económico con justicia social”. Es un “tratado marco”¹³

¹⁰ El CMC es el órgano superior del MERCOSUR. Su naturaleza, funciones y caracteres, serán determinados al abordar la estructura institucional prevista para el esquema subregional.

¹¹ Los Presidentes de los cuatro países se reunieron durante el período de transición en: Brasilia, noviembre de 1991; Las Leñas, Argentina, junio de 1992; Uruguay, diciembre de 1992; Asunción del Paraguay, julio de 1993; Colonia, enero de 1994, Buenos Aires, agosto de 1994, y Ouro Preto, diciembre de 1994.

¹² En una entrevista efectuada al Dr. Ruy Mauro Marini por Beatriz Stolowicz, ante una pregunta referida a la viabilidad de la integración en América Latina, el Profesor Marini respondió según la idea vertida supra, en relación al proyecto del Mercosur. Entrevista publicada en “La integración: un proyecto supranacional solidario”, *Política y Cultura*, UNAM, año 1, N°2, p. 17.

¹³ Calificar el TA como tratado marco, conduce necesariamente a recordar el significado que tiene esta categoría de acuerdo internacional. Se trata de una calificación

que al estar ideado como una plataforma de lanzamiento no crea un mercado común sino que establece el procedimiento para llegar a su constitución. Su desarrollo queda librado a las decisiones que dicten sus órganos siendo su contenido directrices generales que es necesario concretar por convenios, protocolos específicos o actos jurídicos vinculantes. Se regula un período de transición¹⁴ previendo que una vez concluido cederá espacio a nuevos

muy utilizada en la actualidad que no se encuentra fácilmente en el derecho positivo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no hace referencia a este tipo de tratados. Una caracterización del concepto de acuerdo o tratado marco, referida expresamente al Tratado de Asunción, la brindó Gamio, J.M., en la conferencia dictada en el Simposio “Evaluación del Mercosur” realizado en el Instituto Artigas, del Servicio Exterior de Montevideo. Al desarrollar el tema sobre los aspectos jurídico-institucionales, expuso sobre la naturaleza jurídica del Tratado de Asunción, expresando que: “Existe un acuerdo bastante general en el sentido de que el Tratado de Asunción consiste en lo que se conoce como “tratado marco”, es decir, un acuerdo general, muy breve, cuyo desarrollo quedará librado a las resoluciones que dicten sus órganos”. En tanto que Abreu Bonilla, bajo el título de Tratado marco dice: “El Tratado de Asunción no debe considerarse como un tratado final constitutivo del Mercosur, sino como el instrumento de carácter internacional destinado a hacer posible su concreción. En doctrina, este tipo de acuerdos internacionales se denominan “acuerdos-marco”, pues sólo contienen un conjunto de directivas generales, las que deben ser ulteriormente desarrolladas y concretadas por convenios especiales...” *Mercosur e Integración*, FCU, Montevideo, 1991, p.47. Por su parte, Vera, T./Bizzorero, L., / Vaillant, M., en *La construcción del Mercosur: Diagnóstico y evaluación de lo acordado*, INTAL, afirman que la característica que define al tratado marco es que “los instrumentos que se indican en el mismo, para alcanzar el objetivo del tratado, deben ser desarrollados en otros convenios y actos jurídicos vinculantes”. Para DI GIOVAN, I., los tratados marco son de una “fuerza ejecutoria relativa; constituyen conjuntos de principios y enunciados; tienen un valor y alcance más bien programáticos y orientadores”; Perez Otermin propone como definición de acuerdos-marco “aquéllos acuerdos en los cuales se establecen orientaciones, principios, enunciados programáticos, u objetivos precisos, los cuales las partes se comprometen a lograr mediante acuerdos posteriores utilizando la estructura o siguiendo los mecanismos allí establecidos”, p. 16. Gustavo MAGARIÑOS en: *Uruguay en el Mercosur*, señala: “Cuando obvian el detalle, tienen escasas normas obligatorias y sus textos contienen básicamente enunciados pragmáticos, principios genéricos no desarrollados minuciosamente y orientaciones sobre políticas a seguir, se ha generalizado la costumbre de denominarlos tratados -marco”; Ed. F.C.U., 1991.

¹⁴ Esta peculiar característica del Tratado de Asunción, lo diferencia de las demás experiencias integracionistas conocidas. Si se piensa en la CE, se recordará que se origina con el Tratado de Paris (1951) dando nacimiento a la CECA, y con los Tratados de Roma (1957) que crean la CEE y la CEEA. Los tres Tratados nacen como definitivos, con sus instituciones definidas, lo que no obstaba a realizar posteriormente las modificaciones necesarias, aunque la estructura se mantiene prácticamente desde sus orígenes. Obviamente en la CE, al igual que en el Mercosur, a la fecha de los acuerdos no queda constituido el mercado común, sino que se llega a él luego de un largo proceso. Lo mismo puede decirse de la experiencia del Pacto Andino que nace con un texto definitivo; sin embargo luego del Acuerdo de Cartagena celebrado en 1969, se incorporan nuevos órganos a su estructura primitiva, constituida sólo por la Comisión y la Junta. (En 1979, se creó el Parlamento Andino y el Tribunal de Justicia). Empero, ello no significa que el

A. DREYZIN DE KLOR

instrumentos, organismos e instituciones, diseñados en base a las peculiaridades y necesidades de los países asociados¹⁵.

A nuestro juicio, fue errónea la opción efectuada. El criterio intergubernamental adoptado implica poner en tela de juicio la sincera voluntad política de integrarse. Estimamos inherente a la experiencia, la absoluta confianza de los miembros que se comprometen pues esto hace a la esencia de la integración. No admitirlo apareja una consecuencia muy grave cual es no ceder, ni en un mínimo, la soberanía. En este sentido, nos animamos a afirmar que estos vicios iniciales son los que permiten que el sistema pueda desmoronarse frente a la actitud unilateral de uno de los socios, desobedeciendo una decisión comunitaria.

No solamente en función de su estructura sino en todos los órdenes, desde sus inicios, el esquema subregional despertó un justificado interés. La comunidad jurídica se abocó al análisis del mercado en ciernes con la finalidad de actualizar y adecuar, tanto científica como académicamente, los respectivos contenidos y así elaborar las bases sobre las cuales construir la integración regional. El hecho de que los Estados se hayan comprometido y el haber establecido un plazo para la conformación del Mercado Común, (31 de diciembre de 1994¹⁶) obró con un doble efecto; a la vez que repercutió de incentivo, constituyó un verdadero desafío cumplir una planificación en la elaboración de los tan mentados instrumentos.

En nuestra opinión el diseño y construcción del área integrada requiere una serie de recaudos técnicos irremplazables; las instituciones son su andamiaje más

Tratado constitutivo, cree sus instituciones con carácter transitorio. En el mismo sentido podríamos referirnos a la ALALC, a la ALADI, al MCCA, al CARICOM, o al NAFTA. Tratando de buscar una justificación al carácter de Tratado marco que reviste el Acuerdo de Asunción, se afirma que el fracaso de numerosas experiencias de integración, se debe a la rigidez de los instrumentos generadores y al hecho de adelantarse a los tiempos de entrada, en vez de ir creando las instituciones, respetando las necesidades que se observan en las diversas etapas. Así se pronunciaron el Embajador argentino del Mercosur, Herrera Vegas y el Licenciado Mayoral, Secretario de Relaciones Económicas del Mercosur, en las conferencias celebradas en el marco de la actividad organizada por la International Law Association, en el Colegio de Abogados de la Capital Federal, el 14/6/95.

¹⁵ Señala Perez Otermín que la intención de los negociadores fue respetar la “transitoriedad, ausencia de obligatoriedad, no cesión de soberanía, etc.” pues no se podía reconocer claramente, las particularidades que sustentarán aspectos definitivos. Ob. cit. pp.13-14.

¹⁶ El Tratado de Asunción, en el art. 1 del Capítulo I: “Propósitos, principios e instrumentos” expresa: “Los Estados partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (Mercosur).

delicado porque deben responder a las necesidades que plantea el modelo y principalmente, al grado real de desarrollo de las bases materiales.¹⁷

Desde otra perspectiva, asomaba en el horizonte el nuevo orden económico mundial en el cual urgía posicionarse.¹⁸ La implementación de esta asociación económica se genera como respuesta constructiva a los veloces cambios en el escenario internacional. No era ajeno a quienes construyeron el esquema que la viabilidad, el logro de los objetivos propuestos, y el éxito de este emprendimiento regional, se encontraba condicionado por una serie de factores. Entre éstos cobraba especial relevancia el trabajo permanente de los gobiernos y los grupos técnicos no sólo en aras de la implementación de acuerdos establecidos conforme al Tratado que incrementen la productividad, la eficiencia y las ventajas competitivas de la región, sino en la concientización de los pueblos de alcanzar la “cultura comunitaria basada en una voluntad solidaria, orientada a obtener la

¹⁷ Ya tuvimos oportunidad de pronunciarnos en este sentido en “La viabilidad del Mercosur en relación al sistema de solución de controversias”, *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, N° 9, Santa Fe, 1995. En apoyo de lo expresado también I. Calceglia, para quien el éxito del proyecto está íntimamente relacionado a su estructura institucional. Ver *Integración – El desafío de las instituciones*, Buenos Aires, La Ley, 1998, p. 1.

¹⁸ La determinación del concepto del nuevo orden económico internacional, ha sido uno de los grandes desafíos de los últimos tiempos. La posición tomada por los diferentes autores que han trabajado en el tema difiere sustancialmente en cuanto a las prioridades que le asignan cada uno de ellos, que varían según los objetivos que se hayan tenido en mira. El derecho económico internacional es un sujeto amorfo, y las regulaciones de las relaciones económicas internacionales en la compleja y sofisticada sociedad mundial que nos toca vivir, presenta numerosas dificultades. Referirnos al nuevo orden económico mundial implica un análisis de sus principales características ya que muestra la existencia de tensiones y situaciones críticas anteriormente desconocidas. No puede desconocerse por ejemplo, el incremento de las diferencias entre las naciones altamente industrializadas y los países en desarrollo, o que las causas estructurales del subdesarrollo en los países llamados del Tercer Mundo se han agravado, dentro de un contexto en el cual las situaciones coyunturales son de manejo más difícil en lo económico, lo social y lo político. Los principios y normas existentes en el derecho internacional que pueden relacionarse con el nuevo orden económico internacional, son los referidos a las relaciones económicas entre los Estados, a las organizaciones internacionales, a las entidades de Derecho Internacional Público y a las actividades de las corporaciones transnacionales, las cuales están contenidas, inter alia, en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolution 35/166, The United Nations General Assembly -UNGA-, 15/12/80), conf. E. Rabinovich, *El Nuevo Orden Económico Internacional*, El Cid, 1984 pp 7-15; J. Bhagwati, *The New International Economic Order, The North-South Debate*, The M.I.T. Press, 1977, ps. 1-30; J. Revuelta, “Interpretaciones del concepto Nuevo Orden Económico Internacional” en *Temas de Organización Económica Internacional*, S. Gonzalez coord., Madrid, Mc Graw Hill, 1993, ps.160-173.

A. DREYZIN DE KLOR

justicia solidaria”.¹⁹ Todo ello no se condice, aunque esté literalmente incorporado, con la naturaleza jurídica de un tratado marco que no brinda la posibilidad de establecer, ab initio, la normativa esencial correspondiente a los factores relacionados.

2. 1994: POP un documento esencial

En la ciudad de Ouro Preto -República Federativa de Brasil- se celebra durante los días 16 y 17 de diciembre de 1994, la VII Reunión del Consejo Mercado Común con la presencia de los Presidentes de los cuatro EP. El encuentro es de vital trascendencia para el proceso de integración regional pues en su transcurso se aprueban importantes instrumentos que coadyuvan a dinamizar y avanzar hacia la puesta en marcha de una Unión Aduanera entre los PM a partir del 1° de enero de 1995.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 18 del TA se firma el “Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur”, denominado: “Protocolo de Ouro Preto”²⁰.

El documento es producto de la labor desarrollada por el Grupo Ad-hoc sobre Aspectos Institucionales que celebró cinco reuniones de trabajo y una reunión preparatoria de la Conferencia Diplomática.

En dicha reunión,²¹ que se conoce como “Conferencia Diplomática sobre Aspectos Institucionales del Mercosur”, se aprueba el proyecto del Protocolo que en la VII Reunión del CMC es suscripto por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Presidentes de los Estados Partes.

El documento de Ouro Preto no deja espacio para dudar sobre la voluntad de continuar con el objetivo establecido por el Tratado de Asunción de conformar un mercado común²², a pesar de no haberse concretado la asociación económica según el modelo inicialmente proyectado. Sin embargo se logra entre los EP una combinación de asociación de libre comercio y de unión aduanera, ambas

¹⁹ Ver B. Kaller de Orchansky, “Como lograr facilmente la armonización de las legislaciones sobre sociedades mercantiles en los países del Mercosur”. Buenos Aires, *ED*, 26/3/93.

²⁰ De conformidad a su art. 52.

²¹ Se llevó a cabo en Brasilia entre el 5 y 7 de diciembre de 1994.

²² Tanto en el Preámbulo del Protocolo de Ouro Preto como a lo largo de su articulado se lee, expresamente en algunos casos o se deduce en otros, que la idea es establecer un Mercado Común. Así, por ejemplo, dice el Preámbulo que se reafirman los principios y objetivos del Tratado de Asunción, se destaca la “importancia de los avances alcanzados”, “..la implementación de la unión aduanera como etapa para la construcción de un mercado común”. Si acudimos a sus normas, en el art.3°, art. 8° inc. II y 14 inc. IV, también se contempla dicha finalidad.

imperfectas,²³ que es mucho más que lo alcanzado en anteriores experiencias zonales. Estos tipos de asociación pueden ser concebidos como el modelo de organización regional que se pretende instalar entre determinados países²⁴, pero también funcionan como paso previo al Mercado Común ya que no es fácil alcanzar este estadio, sobre todo en un lapso corto de tiempo sin antes transitar por los anteriores.

En apoyo de lo que venimos afirmando resulta ilustrativa la lectura del Comunicado Conjunto emitido por los presidentes en tanto reitera la “convicción que la integración contribuye a promover el desarrollo y la justicia social y a desterrar el atraso económico”, a la vez que se consolidan los procesos democráticos de las naciones integradas. En tal sentido, el comunicado no sólo destaca los hechos que conducen a lograr un significativo avance para la puesta en marcha de una unión aduanera y sentar, de este modo, las bases del mercado común, sino también la vocación de los cuatro países de asumir los desafíos del proceso de integración enfrentando decididamente las realidades cambiantes de la economía regional y global.

Estar anclados en esta circunstancia sui generis de asociación de libre comercio imperfecta y de unión aduanera imperfecta, es una etapa intermedia hacia la conformación de un sistema integrado que constituya verdaderamente un mercado común. Estimamos que es la idea que late en quienes tienen a su cargo avanzar en el desenvolvimiento del proceso subregional según parecen demostrar las conductas que exteriorizan reiteradamente.

El Protocolo de Ouro Preto: su calidad

Como ya ha sido expuesto, el Tratado de Asunción expresa en su art. 18 que “antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos administrativos del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones”.

El instrumento aprobado en la antigua ciudad brasileña incurre nuevamente en el defecto de adoptar un sistema transitorio, aunque con características distintas a las que señaláramos al referirnos al Tratado de Asunción.

²³ Hablamos de asociación de comercio y de unión aduanera imperfectas, porque al 31 de diciembre de 1994, la libre circulación intrazona no lo es sobre la totalidad del universo arancelario sino en un 80% aproximadamente, y el arancel externo común, según lo acordado en la reunión de Buenos Aires del 5/8/94, se alcanzaría en el 1/1/2006 (Bien conocemos que esto no se ha logrado).

²⁴ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA o TLCAN) que crea desde el inicio una asociación de libre comercio.

A. DREYZIN DE KLOR

Quienes participaron en la redacción del Protocolo argumentan en defensa del criterio adoptado, la necesidad de potencializar la dinámica que es propia del Mercosur. Establecer órganos definitivos -afirman- es poner vallas que impiden ir acompañando las instituciones a los momentos por los cuales discurre el proceso.²⁵

A nuestro entender, uno de los mayores errores en que se incurre es precisamente, la falta de firmeza en la toma de una decisión tan importante cual es definir la estructura institucional del Mercosur.

Aunque pequemos de reiterativos, es necesario volver sobre el punto del modelo: uno de los postulados que sostenemos con mayor vigor para el éxito del Mercosur, se hace necesario y más a esta altura, reemplazar los órganos intergubernamentales que están hoy comandando el proceso por órganos con competencia legisferante y jurisdiccional asumida en virtud de la delegación parcial de competencia que deben efectuar los EP; ello si queremos un MERCOSUR que funcione de manera efectiva.

Respecto a este instrumento jurídico, cabe consignar que fue también objeto de debate en los encuentros preparatorios a la reunión de Ouro Preto, la posibilidad de derogar el Tratado de Asunción, sustituyéndolo por un nuevo Convenio. Finalmente, se consideró que resultaría más práctico mantener su vigencia aunque se dividieron los criterios entre quienes sostenían que era beneficioso actualizar su articulado y quienes consideraban la conveniencia de dejarlo tal como estaba y elaborar un nuevo texto que incluyera una cláusula derogatoria general de todas las normas que se le opusieran, coexistiendo en el futuro ambos cuerpos normativos. Como demuestran los hechos, la posición que prevaleció fue la señalada en segundo término; ello motivado en que el Tratado de Asunción se consideró instrumento fundacional de la asociación subregional y por lo tanto, un verdadero símbolo del proceso de integración²⁶.

Dicho esto cabe preguntarse ¿qué valor revisten las Decisiones modificatorias del Tratado originario aprobadas por el CMC durante el período de transición? No olvidemos que el CMC es un órgano intergubernamental y que el Tratado de Asunción fue debidamente ratificado por los Parlamentos de los Estados vinculados. En consecuencia el saneamiento jurídico de esta situación convalidando las Decisiones relacionadas, se produce con la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto,²⁷ y la aplicación del art. 53²⁸. Como ya ha sido

²⁵ Así se pronunciaron el Embajador del Mercosur Dr. Herrera Vegas y el Lic. Alejandro Mayoral en las disertaciones pronunciadas en el Colegio de Abogados de Bs.As. el 14/6/95, organizadas por la ILA.

²⁶ Ver Actas y Documentos de las Reuniones Preparatorias del Protocolo de Ouro Preto. Exportar, Oficina de Mercosur dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores. Buenos Aires. Asimismo, PEREZ OTERMIN, "El Mercado ...", p. 71.

²⁷ Su vigencia se producirá treinta días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, siendo nuevamente la depositaria de los mismos, la República

ratificado y está en vigor el problema desaparece; de todos modos cabe apuntar que durante el lapso transcurrido entre la aprobación y la ratificación del instrumento no se suscitaron conflictos sobre lo relacionado.

Otro aspecto que nos resulta llamativo es la versatilidad que creemos que se desprende del Protocolo. Ello en virtud de la disposición del Capítulo IX - Revisión - que faculta a los Estados Partes “cuando lo juzguen oportuno” a convocar una conferencia diplomática que revise la estructura institucional que el Protocolo establece, amén de las atribuciones específicas de cada uno de los órganos de la zona integrada. Estimamos que la norma es innecesaria y redundante pues sabido es que un tratado posterior puede derogar a otro anterior en cualquier momento²⁹.

3. 1998 / 2003: El Protocolo de Brasilia como marco de los laudos arbitrales

Tuvieron que transcurrir más de seis años desde la entrada en vigencia del mecanismo establecido por el PB para que viera la luz el primer laudo del MERCOSUR. Durante los primeros años, los Estados partes optaron por la vía directa de los entendimientos, en la comprensión de que el procedimiento arbitral, tal como fuera reglamentado, aparecía sumamente azaroso para las partes³⁰. A partir de entonces y hasta la fecha³¹, fueron doce los conflictos laudados, habiéndose dictado también dos laudos del TPR a consecuencia de la apelación del décimo primer laudo y de una demanda de Argentina vinculada con la sustanciación del décimo segundo. Téngase presente que los dos últimos laudos emanados de los TAHM se corresponden con la vigencia del PO.

El sistema plasmado en el Protocolo de Brasilia y su Reglamento, estuvo destinado a resolver las discrepancias que surgieran de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el TA, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM. En realidad, como es de sobra conocido, el arbitraje es la última y definitiva instancia contemplada por el sistema, después de agotadas sin éxito las etapas previas de las negociaciones directas y de la intervención del GMC. Si bien la instancia arbitral ha sido

de Paraguay, que deberá comunicar a los demás Estados miembros la fecha de los depósitos de los respectivos instrumentos de ratificación así como la de entrada en vigor del Protocolo (art. 49).

²⁸ Dicho artículo textualmente reza: “Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición”.

²⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 30, inc.3°.

³⁰ M. Midón, “El debut jurisdiccional en el Mercosur”, *LL*, 25/VIII/99, pp. 1-3.

³¹ 25/3/07.

A. DREYZIN DE KLOR

diseñada buscando que la misma opere del modo más sencillo, rápido y económico posible, algunas formalidades resultaban inevitablemente exigidas³².

El procedimiento adoptado refleja una vez más, la falta de tutela suficiente de los intereses de los particulares. De esta suerte, se entiende que no pocas veces se alzarán para sostener que tal como estaba estructurado el sistema, el reclamo presentado por el particular no tendría incidencia y desarrollo sino como una simple denuncia en razón de que los Estados dominan los órganos actuales del MERCOSUR (órganos intergubernamentales) y son los que en definitiva, efectúan el control de admisibilidad de tales reclamos, aceptándolos o rechazándolos. A tenor de lo expuesto, en este último caso, podría llegar a considerarse que se trata de una denegación de justicia por los Poderes Ejecutivos³³.

A. Derecho aplicable por el tribunal arbitral

El art. 41 del POP identifica las fuentes jurídicas del MERCOSUR. En esta normativa deben basarse los TAHM para fundar sus decisiones, agregándose los principios y las disposiciones del derecho internacional aplicables, según la materia de que se trate³⁴. Entre las fuentes enunciadas no se mencionan expresamente los laudos arbitrales. Es cierto que por su propia naturaleza, el fallo arbitral no sienta precedente obligatorio, con lo cual los posteriores paneles arbitrales pueden dejar de lado lo establecido en decisiones anteriores. Sin embargo, no puede negarse el valor tanto político como jurídico que acompaña a los laudos ya que en numerosos casos, los tribunales arbitrales han acudido a las decisiones anteriores para fundar sus decisivos, aunque también en algunos de los pronunciamientos optan por una hermenéutica diferente.

³² Sobre las formalidades exigidas en el PB, puede verse M.C. Boldorini, "Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias", *Rev. Der. Priv. Com.*, 1994-6, pp. 475 y ss.

³³ Conf. O. Marzoratti, *Derecho de los negocios internacionales*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 58.

³⁴ Es necesario tener presente que toda norma internacional, dispositiva o imperativa, para que resulte oponible, debe ser consentida, aceptada o reconocida por los Estados y demás sujetos del derecho internacional. Ahora bien, con acierto se ha señalado que las formas de manifestación del consentimiento, aceptación o reconocimiento no están tasadas, ni en su número ni en su forma, y pueden ser resultado de actos escritos o no escritos, expresos o tácitos, simples o complejos, solemnes o informales, pero siempre con un contenido de reciprocidad expresivo de consentimiento. En el contexto internacional, la jurisprudencia refleja que el ámbito preferente de manifestación de los comportamientos o conductas recíprocos de los países se centra en las situaciones objetivas de despliegue de las competencias soberanas de los Estados. Ver L.I. Sánchez Rodríguez, Prólogo a F. Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional – A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Madrid, Dilex, 2002, pp. 19-20.

Tampoco aparece en la enunciación el derecho comunitario europeo y sus principios, si bien los laudos constantemente se valen de este ordenamiento jurídico, así como de doctrina y de jurisprudencia comunitaria para sustentar los laudos. Es bien sabido que el derecho comunitario no es ni derecho internacional ni derecho interno de los Estados miembros de la CE; es un derecho autónomo con objeto, método y finalidad específica³⁵. En consecuencia, la falta de mención puede llevar a omitir el empleo de un ordenamiento jurídico cuya aplicación resulte idónea a los fines de resolver el conflicto.

Las partes están facultadas, asimismo, a someterse a un arbitraje *ex aequo et bono*. Los TAHM están autorizados a adoptar medidas cautelares o provisionales necesarias para evitar perjuicios irreparables, previéndose, para el caso de incumplimiento, la posibilidad de que los Estados partes afectados obtengan medidas compensatorias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento³⁶.

B. El laudo arbitral

La decisión adoptada por el TAHM debe estar debidamente fundamentada, imponiéndose al mismo la confidencialidad de la votación, que puede ser por mayoría aunque la regla ha sido la unanimidad. La no admisión de los votos en disidencia se basa en la necesidad de preservar la independencia de los árbitros respecto al país del cual son nacionales³⁷.

El laudo es inapelable y obligatorio para los Estados partes en la controversia a partir de la notificación y se le reconoce el valor de cosa juzgada. Se admite sin embargo la aclaratoria, sea sobre el laudo en sí mismo, sea sobre la modalidad de su cumplimiento, debiendo el tribunal expedirse sobre ésta dentro de los plazos establecidos³⁸.

³⁵ El número de obras disponibles sobre el ordenamiento jurídico comunitario es muy extenso. Entre las publicaciones disponibles en castellano pueden consultarse, entre otras: R. Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007; G. Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1995; F. Díez Moreno, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.

³⁶ Obviamente, lo ideal sería que nunca se tuviera que recurrir a medidas compensatorias en el seno de un sistema de integración, en el cual la regla debería ser la del acatamiento espontáneo de las decisiones de sus órganos. Pero el mundo de lo ideal y la realidad no siempre coinciden. Hasta en la Unión Europea, después de décadas de integración, ha aparecido la figura de la multa coercitiva para los Estados miembros refractarios a la ejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia declarando el incumplimiento por dicho Estado del derecho comunitario (art. 228 CE).

³⁷ Arts. 15 y 16 RPB.

³⁸ La aclaratoria fue interpuesta en los laudos tercero, cuarto, quinto, octavo y undécimo.

C. Los principios jurídicos como parámetro: ¿Qué principios?

Numerosos principios plasmados normativamente en el derecho originario y derivado han servido de sustento a los tribunales a la hora de pronunciarse a través de los laudos arbitrales dictados en el bloque, sea bajo la vigencia del Protocolo de Brasilia, sea a partir de la entrada en vigor del sistema actual. En algunos casos se trata de principios de derecho internacional, en tanto que en otros, son principios propios de los procesos de integración. Asimismo, en no pocas oportunidades, los tribunales echan mano de axiomas no incorporados expresamente en el catálogo del derecho mercosureño. En función de lo dispuesto en cuanto al derecho aplicable por los TAHM, con acertado criterio, se incluyen los principios y disposiciones de derecho internacional junto a las decisiones, resoluciones y directivas, amén del TA, y el POP, como fundamento de los decisorios.

Analizando la jurisprudencia mercosureña hasta la fecha, es posible diferenciar varios supuestos dentro de la actividad de los tribunales arbitrales en relación con la consideración que brindan a los principios en el contexto del sistema de solución de controversias subregional. Dichos supuestos, cuya diferenciación puede servir para calibrar las diversas actitudes frente a la búsqueda de una interpretación uniforme, pueden agruparse como sigue:

- a) los asuntos en que los tribunales han coincidido en valerse de los mismos principios reconociéndoles carácter de precedente;
- b) los casos en que introducen postulados no empleados por los tribunales que les precedieron; y
- c) los supuestos en que acuden a una hermenéutica diferente frente a las mismas reglas o principios.

Pero, antes de cualquier consideración al respecto, conviene distinguir entre los principios propios del derecho internacional y los que inspiran el derecho de la integración. Va de suyo que el empleo de los principios y las reglas de derecho internacional es necesario³⁹, y hasta podría calificarse de ineludible en el fenómeno de la integración⁴⁰. Empero, la sola argumentación basada en los principios de derecho internacional -únicos axiomas contemplados en la norma referida al derecho aplicable a los laudos- resulta insuficiente, pues los objetivos de los procesos regionales necesariamente conllevan principios autónomos que responden al propósito que los informa. En algunos casos, incluso, la interpretación de una norma de acuerdo a los principios propios del derecho de la

³⁹ El PB los consagra expresamente entre las fuentes normativas aplicables (art. 19); en tanto que el PO lo hace en el art. 34.

⁴⁰ En esta línea se pronunció el TAHM (laudo 2°, § 56) al sostener que: “La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional”.

integración puede llevar a soluciones diferentes (o directamente contrarias) a las que se obtendrían utilizando los principios tradicionales de derecho internacional. En uno y otro caso, además, la cuestión es compleja⁴¹.

a. Principios de derecho internacional

Principio de buena fe

Este principio ha sido objeto de importantes desarrollos doctrinales. Entre otros instrumentos jurídicos internacionales, lo mencionan la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 (CVDT)⁴² y la Carta de las Naciones Unidas⁴³. En aquella tiene, concretamente, el estatus de regla de base para la interpretación de los tratados⁴⁴, lo que le otorga una cierta superioridad, pese a que la Convención no establece ninguna jerarquía entre los principios⁴⁵. Su tratamiento ha dado lugar a posiciones divergentes según se lo considere autónomo o vinculado siempre a determinados actos; por ejemplo, al cumplimiento de los tratados, las negociaciones o los actos relacionados con organizaciones internacionales. Cabe decir al respecto que, si bien la exigencia de buena fe es omnipresente en todos los ámbitos de las relaciones internacionales⁴⁶, despliega un rol muy singular en el concreto ámbito de la interpretación de los tratados. El principio admite, además, distintas definiciones (según las aproximaciones: en sentido subjetivo, en sentido de un estándar jurídico abierto, en tanto principio general del derecho) y distintas aplicaciones prácticas (protectora de las expectativas legítimas de las partes, prohibitiva de abuso del derecho, fuente de desarrollo jurídico e integración de lagunas)⁴⁷.

En orden a su contenido, se ha considerado que, al no agregar nada al concepto de cumplimiento de las obligaciones de que se trate, la buena fe es una noción imprecisa y que los tribunales no podrían pronunciarse dictaminando que

⁴¹ Roberto Ago, Presidente de la Conferencia de Naciones Unidas en la que se adoptó la Convención de Viena, se refirió en la ocasión a la cuestión de la interpretación de los tratados como “una de las más controvertidas y más difíciles de todo el derecho de los tratados”. *La Conferencia de Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados*, segunda sesión, p. 62.

⁴² Arts. 26 y 31.

⁴³ Art. 2.2.

⁴⁴ El art. 31 CVDT establece, en efecto, que “un tratado debe ser interpretado de buena fe...”, sobre la base del sentido corriente de los términos del tratado, el contexto y su objeto y finalidad.

⁴⁵ Ver M.K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Recueil des cours*, t. 151 (1976-III), p. 22. Ver también, P. Daillier / A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 218-219.

⁴⁶ P. M. Dupuy, *Droit international public*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 2000, p. 276.

⁴⁷ Ver R. Kolb, “Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)”, *NILR*, vol. 53, 2006, pp. 1-36.

A. DREYZIN DE KLOR

un Estado actúa de mala fe⁴⁸. En un sentido similar, existe una vieja idea de considerar que se trata de un “principio moral” o “un precepto tan general que no puede tener efectividad jurídica”⁴⁹. Sin embargo, aunque la concreción de la buena fe en los casos concretos puede resultar difícil, la realidad muestra que el carácter jurídico del principio de buena fe ha sido repetidamente confirmado por la jurisprudencia de los tribunales internacionales -la CIJ entiende así que la buena fe es uno de los principios básicos que presiden la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera sea su fuente⁵⁰-, por la más calificada doctrina y por la práctica de los Estados⁵¹.

Conforme ha sido interpretado en los laudos arbitrales del MERCOSUR⁵², el concepto de buena fe incluye “[...] no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos...”, sino también “[...] la idoneidad de la actividad de las partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente adoptadas”⁵³. En algunos laudos, si bien no se lo conceptualiza expresamente, se le reconoce el alcance atribuido por la Convención de Viena entendiendo que la interpretación se realiza teniendo en cuenta “[...] el sentido corriente a dar a los términos del Tratado”⁵⁴. Su vinculación con la norma fundamental de todo el derecho de los tratados, el *pacta sunt servanda*, surge claramente de la Convención de Viena⁵⁵, donde la buena fe aparece con carácter imperativo para determinar el modo de cumplimiento de los tratados; es con esta intención que fue aplicado por los TAHM⁵⁶.

⁴⁸ Citando a Zoller, señala A. Remiro Brotons que en la práctica, la mala fe de los negociadores no ha sido invocada jamás sino, en todo caso, inducida implícitamente de su comportamiento, sea por respeto al honor de los Estados o por la dificultad de probarla. *Derecho internacional público*, t. II (Derecho de los tratados), Madrid, Tecnos, 1987, p. 76.

⁴⁹ J. Barboza, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Zavalía, 2001, pp. 295-299. Ver ya las discusiones reflejadas en el *Ann. IDI*, t. 46, 1956.

⁵⁰ Ver, entre otras, sentencias de 20/12/1974 (ensayos nucleares), de 3/2/1994 (diferendo territorial entre Libia y Chad), de 25/9/1997 (sistema de diques sobre el Danubio).

⁵¹ Ver las referencias de M.K. Yasseen (nota 45), pp. 20 y 24. En idéntico sentido, P.-M. Dupuy, (nota 46), p. 297.

⁵² Laudo 1, §56; Laudo 3, Aclaratoria 1; Laudo 4: §27 y Aclaratoria III; Laudo 5, III.3.1; Laudo 6. D. 1) 2); Laudo 7: §8.10 y §8.12; Laudo 8, Coincidencias entre los fundamentos jurídicos invocados por el Paraguay y el Uruguay §1, §2, Considerando § 6; Laudo 9, III. §10, IV. §24 y §34. Laudo 10, Objeto de la controversia §3.

⁵³ Laudo 1, § 56.

⁵⁴ Art. 31 CVDT. Así por ejemplo, se pronuncia el tercer TAHM. La remisión corresponde a la Aclaratoria a dicho laudo.

⁵⁵ Art. 26 CVDT: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁵⁶ Laudo 11, §21.

Pacta sunt servanda

No se discute al principio *pacta sunt servanda* su naturaleza de norma con alcance universal o “ley de leyes [...] con alcance estructuralmente imperativo”⁵⁷. Se ha sostenido, en esta línea que se trata de una regla de derecho internacional que “fija un criterio de principio, que puede traducirse por la fórmula [...] de que un Estado no debe engañar a otro”⁵⁸. El enunciado del art. 26 CVDT, al establecer que los tratados en vigor “obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe”, entrañan –en cuanto a su contenido- un rasgo netamente axiomático o categórico del principio⁵⁹, presentándolo como complementario (en realidad, serían dos aspectos del mismo principio) al principio de buena fe⁶⁰. La eficacia del control queda sujeta a un gran número de variables, entre las que importa destacar la calidad de órgano judicial o parajudicial que ejerce dicha función⁶¹.

Varios de los tribunales arbitrales del MERCOSUR se han valido de esta regla. La misma se acoge en el primer laudo como “norma fundamental” y principio consagrado en relación al cumplimiento de los tratados, además de vinculada con el principio de buena fe⁶²; en el sexto decisorio, se la recepta a la hora de señalar los principios generales de derecho internacional que se ven afectados por “la Portaria No. 8/00”, afirmando que estos principios “adquieren más relevancia y profundización en los procesos de integración”⁶³. El séptimo TAHM echa mano de la regla en diversos párrafos, así, cuando sostiene su aplicabilidad al objeto de la controversia, su significación como principio de cumplimiento de los tratados y demás compromisos internacionales, el carácter de norma fundamental aceptada de forma unánime por la doctrina internacionalista y la jurisprudencia de los tribunales internacionales que consideran a esta regla “pilar indispensable en todo proceso de integración”. También, ha sido considerada por este cuerpo, como axioma unido al “principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas en los tratados internacionales”⁶⁴. En tanto que el octavo tribunal lo cita al reseñar las coincidencias entre los fundamentos jurídicos esgrimidos por las partes⁶⁵. En el noveno pronunciamiento, aparece cuando el tribunal refiere las argumentaciones esgrimidas por Argentina, en cuanto sostuvo que en su accionar, Uruguay violenta este principio⁶⁶. En el

⁵⁷ P.-M. Dupuy, (nota 46), p. 274.

⁵⁸ E. De La Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Abaco, 1987, p.194.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Ver P. Daillier / A. Pellet, (nota 51), p. 218 y las citas a la “jurisprudencia constante que confirma esta vinculación”.

⁶¹ En organizaciones de integración avanzadas como la CE, el control se halla totalmente judicializado garantizándose de este modo, el respeto a la regla.

⁶² 1° Laudo, § 56.

⁶³ Laudo 6, d).

⁶⁴ Laudo 7, § 8.10 - § 8.11 - § 8.12 - . § 8.15.

⁶⁵ Laudo 8, § 1.

⁶⁶ Laudo 9, IV. § 24.

A. DREYZIN DE KLOR

décimo primer laudo -primer pronunciamiento dictado al amparo del PO- es acogido al rescatar la admisión de la regla por considerar su inclusión entre las fuentes jurídicas consideradas como derecho aplicable por los tribunales arbitrales según el PO⁶⁷.

Principio de reciprocidad

El principio de reciprocidad tiene mucho tiempo de existencia en el derecho internacional⁶⁸. Responde a la idea de dar a los demás el mismo trato que se recibe de ellos, lo cual puede llevar tanto a una aplicación “virtuosa” (concesión mutua de ventajas) como “viciosa” (represalias o retaliaciones). El aumento de la interdependencia entre los Estados ha hecho crecer la importancia de la reciprocidad, en la medida en que los Estados están cada vez más *interesados* en respetar los derechos de los demás⁶⁹.

La reciprocidad es invocada a menudo tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la integración, frente a lo cual cabe preguntarse si el principio sólo puede jugar en las relaciones *ad extra* del bloque o también tiene un ámbito de aplicación *ad intra*⁷⁰. En este contexto, cabe traer a colación como ejemplo de la primera posibilidad (aplicación *ad extra* de la reciprocidad), el pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia acerca de una cuestión prejudicial por la que debía interpretar el art. 3 de la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena⁷¹, en el cual sostuvo: “el acceso de las empresas de transporte marítimo de los países o comunidades de países extrasubregionales al transporte de cargas de importación y exportación que los países de la subregión generan, se concederá en similares condiciones y proporción de acceso al que se conceda a las empresas de transporte marítimo de la subregión o a las naves fletadas u operadas por ellas”.

Por nuestra parte, entendemos que existiría una cierta contradicción entre la reciprocidad y los procesos de integración regional que, justamente, se construyen sobre la base de distinguir entre los Estados partes del esquema y terceros Estados⁷². Hacia el interior del MERCOSUR, el TA lo consagra expresamente como base de los derechos y obligaciones constitutivos del mercado común,

⁶⁷ Ver § 21.

⁶⁸ Ver E. Decaux, *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980.

⁶⁹ P.-M. Dupuy, (nota 51), p. 382.

⁷⁰ G. Salas, “El principio de reciprocidad en los procesos de integración”, en: *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto Rey Caro*, Córdoba, Drnas-Lerner, 2002, pp. 1401-1402.

⁷¹ Dec. 314, art. 3: “La reciprocidad es la mutua concesión que países o comunidades de países se otorgan entre sí para permitir el acceso a las cargas que deben transportarse por vía marítima”.

⁷² M. Halperín, “Discriminación y no discriminación en los esquemas de integración económica. El caso del MERCOSUR”, *Revista INTAL*, n° 11, 1993.

asimilándolo en cierto modo al principio de igualdad de los Estados partes⁷³, y los laudos, haciéndose eco de tal disposición, lo receptan con igual alcance⁷⁴.

En el noveno laudo⁷⁵, el Tribunal, al referirse al PB, señala que este instrumento jurídico fue adoptado para dar cumplimiento formal a lo dispuesto en el art. 3⁷⁶ y en el Anexo III del TA, y en el “*convencimiento* de que el mismo serviría para fortalecer las relaciones entre las partes basadas en la justicia y la equidad, así como en la reciprocidad entendida desde la lealtad hacia el sistema de integración”⁷⁷.

Estoppel

El *estoppel* ha dado lugar a opiniones muy divergentes en cuanto a su calidad y alcance. Una definición bastante aceptada, señala que el *estoppel* se configura como “una excepción basada en la inadmisibilidad oponible a toda alegación que, aunque pueda estar conforme con la realidad de los hechos, no deja de ser inadmisibles por ser contraria a una actitud adoptada anteriormente por la parte que realiza la alegación”⁷⁸. Otras veces, doblegándose ante la dificultad de la definición del principio, se ha preferido contentarse con la definición de sus efectos⁷⁹. Más allá de estas disquisiciones de orden más bien teórico, parece claro que el principio en cuestión aparece en la práctica estrechamente vinculado con el de buena fe, en particular respecto de normas en vigor entre los Estados en conflicto: el *estoppel* impediría a los Estados partes de un texto internacional la

⁷³ Art. 2 TA: “El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de los derechos y obligaciones de los Estados partes”.

⁷⁴ Laudo 1, § 21; Laudo 6. 1) c; Laudo 7, § 4.4. §5.8 (Es esgrimido en las alegaciones de las partes); Laudo 8: Cuestiones de derecho invocadas por el Paraguay: §2. Cuestiones de derecho invocadas por el Uruguay: §2. Coincidencias entre los fundamentos jurídicos invocados por Paraguay y Uruguay § 1. Cuestiones de derecho invocadas por Uruguay en sus contra-razones: § 3.

⁷⁵ Laudo noveno, § 65.

⁷⁶ “Durante el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados partes adoptarán un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia, que constan como Anexos II, III y IV al presente Tratado”.

⁷⁷ El TAHM hace referencia expresa en este punto al art. 38 POP, que establece: “Los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo”.

⁷⁸ P. Guggenheim, *Traité de droit international public avec mention de la pratique suisse internationale*, t. II, Genève, Université de Genève, 1954, p. 158.

⁷⁹ En este sentido, en el *estoppel* pueden distinguirse: a) un efecto probatorio –de la ‘actitud primaria’ de la parte *estopped*-; b) un efecto obstativo –en tanto impide la validez o efectividad de las alegaciones efectuadas en contra de los actos propios o declaraciones-; c) un efecto confirmativo –por el que se reconoce al menos *inter partes*, la validez de la ‘actitud secundaria’. E. Pecourt García, “El principio del ‘*estoppel*’ en derecho internacional público”, *REDI*, 1962, pp. 97-139.

A. DREYZIN DE KLOR

adopción de un comportamiento contrario a las disposiciones que ellos mismos han aceptado⁸⁰.

Se han distinguido principalmente dos concepciones que responden a criterios analíticos y sistemáticos aplicados al estudio de sus presupuestos y de sus distintas funciones: una concepción amplia y otra estricta o restrictiva. En cuanto a la primera -*estoppel* interpretativo-, basta el sólo hecho de constatar una conducta concluyente, clara e inequívoca que haya inducido a la otra parte a estimar como ciertas y verosímiles las consecuencias jurídicas que derivan de ella, para que pueda invocarse una situación de *estoppel*. Esta concepción mantiene el principio en el ámbito procesal operando en la prueba y la interpretación de la postura jurídica por el Estado que adoptó la conducta contradictoria asumida⁸¹. Para la otra concepción -restrictiva- el *estoppel* obligatorio impide que un Estado niegue, en relación con un tercer Estado, la exactitud de un estado de cosas concreto o de un régimen particular que dicho tercer Estado, de buena fe, ha confiado legítimamente en la autenticidad del comportamiento claro e inequívoco del primer Estado⁸².

En el cuarto laudo, el principio está contenido en el relato que efectúa el tribunal, sobre el reclamo de la República Federativa del Brasil a la Argentina⁸³, y al negar este país el argumento sostenido por el Estado reclamante⁸⁴. El laudo once también es marco de tratamiento de este principio. La demanda uruguaya considera que el *estoppel* resulta de aplicación al caso, en tanto que Argentina

⁸⁰ J. Combacau / S. Sur, *Droit international public*, 3ª ed., Paris, Montchrestien, 1997, p. 89.

⁸¹ Conf. F. Jiménez García, (nota 34), pp. 274 ss.

⁸² *Ibid*, p. 275. Se ha entendido que subyace en este principio el adagio: “*nemo potest venire contra factum proprium, allegans contraria non audiendus est*”. Ver A. Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 179.

⁸³ En la fundamentación jurídica, se señala: “En el cuadro de la SAM sobre normas incorporadas, en lo relativo a la DEC CMC N° 11/97, Argentina consigna: “Incorporada. Ley 24.425. Acuerdo OMC” y Brasil “No incorporada. Para su incorporación se requiere la aprobación del Reglamento Común”. O sea, que para Brasil la incorporación sólo será necesaria cuando se apruebe el Reglamento. Luego, al plantearse la presente controversia cambió la anotación a “Status de norma bajo solución de controversias”. Argentina ha admitido en la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM) la vigencia de la DEC CMC N° 11/97 al responder con una nota técnica a una consulta de Brasil. Esto y la indicación de Argentina para el cuadro SAM de incorporación de normas constituyen práctica subsiguiente en los términos de la Convención de Viena sobre los Tratados. Una interpretación diferente haría aplicable a Argentina el principio de *estoppel* o sea la prohibición de *venire contra factum proprium*. La comparación de los textos del MN y del AD-OMC muestra que por su coincidencia no se requiere incorporación como lo indica Argentina en su nota para el cuadro SAM de incorporaciones”. Laudo cuarto, § 26.

⁸⁴ En efecto, Argentina “niega que su acción posterior signifique reconocer una obligación emanada de la DEC/CMC/ N° 11/97. La Nota Técnica argentina en respuesta a la consulta brasileña en la CCM no reconoció la vigencia de tal Decisión. El país sólo manifestó que no hay contradicción entre la ley 24.425 y el MN. No procede la aplicación del *estoppel* a la conducta de Argentina”. Laudo cuarto, § 69.

niega que pueda ser considerado por el TAHM. Señala el cuerpo colegiado que el principio ha venido aplicándose como un modo de brindar estabilidad, certeza y continuidad a las obligaciones internacionales, sin distinguir que sean o no convencionales⁸⁵. Destaca la trayectoria jurisprudencial internacional del principio, afirmando que no goza de unanimidad en orden a su alcance y a su determinación. Hace hincapié en que la propia denominación *estoppel* reconoce otras denominaciones equivalentes vinculadas a los efectos aunque no a su naturaleza. Como ejemplo cita “doctrina de los actos propios”, “*venire contra factum proprium non valet or non licet*”, “preclusión”, “doctrina de la apariencia”, “*adversus factus suum quis venire non potest*”, entre otras⁸⁶. A partir de este dato, trae a colación el laudo sexto sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) procedentes de Uruguay”, cuando refiere que “en el marco de las opiniones doctrinarias citadas por la Reclamante, el Tribunal entiende que la señalada concurrencia de elementos contestes –tráfico comercial⁸⁷, declaraciones oficiales(-), a más de los concordantes actos concluyentes de órganos del Estado(,) justifican la invocación del principio del *estoppel* que realiza la Parte Reclamante”⁸⁸.

Para el TAHM que entendió en este primer caso resuelto bajo las normas del PO, el *estoppel* debe contar como mínimo con tres elementos esenciales: a) una situación creada por un Estado, entendida como conducta primaria; b) una conducta seguida por otro Estado entendida como conducta secundaria y c) la imposibilidad por parte del Estado que adopta la actitud primaria de comportarse o manifestarse en sentido contrario a ella. Se trata de un principio directamente vinculado a la buena fe, puesto que quien afirma u omite algo consagra la afirmación o la omisión y, consecuentemente, no puede contradecir ese comportamiento⁸⁹.

Principio de la finalidad

Este principio es recogido en el cuarto laudo. Para el TAHM, al obligarse la administración a cumplir con *la finalidad*, se está queriendo expresar que la misma se subordina a dicho axioma. No se trata de una consecuencia de la

⁸⁵ Asimismo, se afirma que el *estoppel* queda captado indirectamente por la CVDT en el art 45 inc. b) al referir que del comportamiento de un Estado surge que “ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso”.

⁸⁶ Laudo 11, §83.

⁸⁷ En materia de decisiones relacionadas al comercio, el tribunal hace referencia al *Panel Report* del caso Argentina – Derechos Anti-Dumping relativos a Pollos de Brasil (WT/DS241/R - mayo de 2003), en el que se menciona el principio do *estoppel* y se admite su aplicación en circunstancias en que existe una declaración de hecho clara -no ambigua- incondicional y autorizada y admitida de buena fe.

⁸⁸ Laudo 6, “c. Los principios generales de derecho: el *estoppel*” (los signos de puntuación entre paréntesis los introducimos para hacer inteligible el párrafo redactado por el TAHM); Laudo 11, § 84.

⁸⁹ Laudo 11, § 53.

A. DREYZIN DE KLOR

legalidad, sino que va más lejos. Considerarlo inherente a la legalidad es equivalente a la exigencia de cumplir la ley tal cual es. Por tanto, agrega el decisorio, la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar pues, si bien obedece a su forma, la desviación de poder burla la ley so pretexto de cumplirla⁹⁰.

b. Principios de la integración

Libre circulación de bienes, servicios y factores de producción

Este principio, considerado con razón axioma rector de los procesos de integración económica, juega como parámetro básico a la hora de interpretar la conducta de las partes en litigio. Si se parte de la idea de que el sistema de integración tiene como objeto primario la constitución de un mercado común y que el primer instrumento necesario para ello⁹¹ es “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países”, forzoso es, al analizar las posiciones de los Estados frente a un caso concreto, tener en cuenta la incidencia que el problema puede tener en cuanto obstáculo a la libertad de circulación. Para que el sistema pueda funcionar y para que las obligaciones asumidas por los Estados no se conviertan en papel mojado, es indispensable que las normas y políticas que adoptan no se erijan en obstáculos injustificados a los intercambios dentro del bloque. Las justificaciones admisibles, en tanto que excepción al principio general de libre circulación, siempre deben ser interpretadas restrictivamente respecto de su admisibilidad y de la proporcionalidad que guardan con el fin pretendido.

Varios decisorios mercosureños se han preocupado por este principio. Sólo a modo de ejemplo, el Laudo 1: § 60 y el Laudo 4, 167: “ En esa situación y a la luz de las consideraciones efectuadas corresponde al Tribunal Arbitral decidir si la investigación por dumping y las medidas antidumping tomadas como culminación del procedimiento en el caso de autos y establecidas en la resolución ME 574/2000 constituyen una restricción a la libre circulación de bienes consagrada en la normativa MERCOSUR”.

El Laudo 9: “La frustración del propósito inicial y las dificultades notorias en el funcionamiento de la Unión Aduanera no privan de contenido ni de vigencia a las normas que determinaron la libre circulación de bienes en el área, eliminando las restricciones arancelarias, no arancelarias, para-arancelarias u otras de efecto equivalente que afecten el comercio intrazona. Previsto el fin de esas restricciones inicialmente para el 31-12-94, la postergación de los plazos reconocida en el Régimen de Adecuación Final trasladó esa fecha al 31-12-99 cuando los Estados partes debían tener eliminadas totalmente las restricciones con las excepciones expresamente admitidas de los regímenes especiales para azúcar y automotores, así como las medidas de carácter no comercial previstas en el Tratado de

⁹⁰ Laudo 4, 166.

⁹¹ Art. 1 TA.

Montevideo de 1980 (art. 50). De esta manera, y en esa fecha, quedó habilitado y consagrado de derecho el principio de la libre circulación de bienes en el territorio del MERCOSUR.

Principio de razonabilidad

La *razonabilidad* implica considerar que las acciones de las autoridades de los Estados partes no pueden exceder el margen de lo necesario para alcanzar los objetivos propuestos. En consecuencia, esas conductas no pueden ser arbitrarias y tampoco violentar los principios de la libre circulación. El principio de la razonabilidad debe orientar las acciones de los Estados pues en el subyacen la seguridad jurídica del proceso de integración, la garantía de los valores protegidos por las normas fundacionales del MERCOSUR, así como la prudencia, la causalidad y la proporcionalidad.

El principio de razonabilidad es recogido por los tribunales ante la falta de incorporación de normativa aprobada por los órganos con facultades decisorias. La disputa planteada entre Argentina y Brasil ante el cuarto TAHM por esta causa, resultó favorable a la Argentina, encontrando sustento en el principio enunciado. El TAHM entendió que había transcurrido un plazo más que razonable para proceder a la internalización de las normas adoptadas y en consecuencia, sostuvo que “la apreciación de cuándo es necesario proceder a la incorporación queda en definitiva en manos de cada Estado, como es natural en la estructura institucional del MERCOSUR. La necesidad de incorporar la norma al respectivo ordenamiento y la forma de hacerlo dependerá del correspondiente sistema constitucional cuya interpretación es una potestad de cada Estado no delegada a los órganos del MERCOSUR o a los demás Estados partes. La SAM por consiguiente se limita a registrar en el cuadro de vigencias las notificaciones de los Estados partes al respecto.

La DEC CMC N° 23/00, que disciplina el procedimiento de incorporación, ratifica esa posición dominante de los Estados partes en la apreciación de cuándo procede la incorporación y de cómo se realiza. La conclusión es la misma aun en los casos en los que según esa decisión (art. 5) no se requiere incorporación: normas relativas al funcionamiento interno del MERCOSUR y normas cuyo contenido estuviera contemplado ya en la legislación nacional. En las primeras para excluir la incorporación se necesita el entendimiento conjunto de los Estados partes formalmente consignado en la misma norma. En las segundas se necesita la notificación del propio Estado a la SAM de que la norma MERCOSUR está contemplada por una norma nacional e indicando cuál es ésta⁹².

Principio de la previsibilidad comercial

También recibió tratamiento el principio de la previsibilidad comercial como sustento de la certeza jurídica, claridad y objetividad, consideradas condiciones

⁹² Laudo 4, 119.

A. DREYZIN DE KLOR

imprescindibles y reglas generales para las actividades comerciales de los Estados partes, a la vez que elementos esenciales para la confianza en el mercado común.

D. Valoración conjunta

Este catálogo de axiomas jurídicos abona la cooperación entre los Estados partes, la reciprocidad en condiciones de igualdad, el equilibrio entre las ventajas y obligaciones que derivan de la integración y la formación gradual del mercado compartido. Ahora bien, considerados los laudos en su conjunto, si eso es posible, observamos que en su mayoría, han receptado como propios del esquema mercosureño principios de la UE. El interrogante que nos planteamos es si frente a esquemas estructural e institucionalmente tan diferentes dicha transpolación es acertada. Pareciera, a estar por las resoluciones analizadas, que los tribunales estiman que esa es la dirección conveniente. Empero, en este fenómeno subregional no hubo cesión de soberanía, se ha reiterado hasta el cansancio lo que se enuncia en el TA y se reafirma en el POP en cuanto a su calidad intergubernamental, circunstancia que también ha sido puesta de manifiesto por algunos tribunales.

Sin embargo, aún en los laudos que destacan este carácter, se resalta que los Estados partes en función de haber ratificado los instrumentos originarios tienen una obligación de hacer: incorporar el derecho derivado a sus legislaciones internas y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos con potestades decisorias. También se destaca la existencia de una obligación de no hacer, consistente en el deber de no obstaculizar o trabar dicha incorporación. Dicho a la manera que lo que estableció el tribunal que intervino en el cuarto laudo, esta obligación de no hacer consiste en abstenerse de realizar acciones que por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada.

No constituye un tema menor, por cierto, el hecho de que los jueces hayan elaborado una serie de construcciones basadas en principios de derecho internacional, en función de una interpretación finalista y teleológica. Así, vienen cubriendo lagunas en supuestos en los cuales no hay normativa vigente y en muchos casos argumentan los decisivos directamente imbuidos de una perspectiva comunitaria, adoptando principios consagrados en el modelo europeo.

También merece un espacio especial el tratamiento que dan los árbitros a la teoría de los actos propios (como se ha expresado al referir el *estoppel*) en orden a la responsabilidad internacional en que incurren los Estados al no incorporar las normas aprobadas. Sin embargo, son innumerables las fuentes que no han sido internalizadas, sea las que requieren incorporación por la vía legislativa en cada uno de los Estados conforme los mecanismos constitucionales establecidos, sea por no haber notificado a la SAM su vigencia.

Desde otra arista, no olvidamos que fue el TJCE quien construyó los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario -y que no sin razón es llamado el motor de la CE-, ejerciendo en cierto modo funciones legislativas, al elaborar principios que, se plasmen o no posteriormente en normas positivas, resultan aplicables con carácter general. Algunos de los principios esenciales del derecho comunitario, sin ir más lejos –como el de la primacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos estatales- nunca ha estado como tal en vigor en el derecho comunitario positivo⁹³.

Los tribunales del MERCOSUR son el único poder que goza de cierta independencia. La mayor crítica que suscita esta instancia es el carácter ad hoc que se les asigna. Sin embargo tal naturaleza no obró, en general, de barrera para sentar precedentes, pues como se ha visto, la constante es acudir a las argumentaciones vertidas por quienes les precedieran en la tarea de juzgar, para sustentar los fallos. No obstante, también se plantean ciertas contradicciones.

Por ejemplo, es evidente la diferencia que se observa entre el primer laudo arbitral que atribuye al conjunto normativo del MERCOSUR el efecto de su aplicación inmediata y el cuarto laudo que la niega expresamente, fundándose en la naturaleza intergubernamental del proceso. Del mismo modo, hay contradicción respecto a la “jerarquía” de la regulación establecida por la OMC y el ordenamiento mercosureño; mientras el segundo laudo prioriza la primera (aunque sin olvidar que hay una remisión normativa a dichas reglas), el Tribunal que se pronunció en la cuarta controversia, avala la especificidad del derecho del MERCOSUR, y consecuentemente, el carácter superior de éste con respecto a la normativa OMC. Otro tema que suscita dudas es el que gira en torno a la directriz que debe seguirse en orden al modo de resolver los conflictos; así, mientras el primer tribunal declara expresamente su apartamiento de las argumentaciones vertidas por las partes y crea derecho en función de la hermenéutica finalista en que se enrola, otro de los pronunciamientos decide atenerse exclusivamente a las normas del MERCOSUR, destacando que no le corresponde crear derecho.

En consecuencia, el interrogante que queda planteado a la luz de estas reflexiones es si nos enfrentamos a un esquema que se va delineando a través de las directrices fijadas en los laudos o si, por el contrario, debe considerarse que los tribunales arbitrales que establecen tales directrices se exceden en sus atribuciones al manifestar la pretensión de crear derecho, atribución que no le ha sido otorgada por el derecho mercosureño originario. Es evidente que el contenido de los fallos revela de alguna manera la dificultad actual de los Estados partes para definir el alcance de sus obligaciones recíprocas y, la función del ordenamiento jurídico del MERCOSUR en la definición de las mismas.

⁹³ El Tratado constitucional (“Constitución europea”) lo incorpora por primera vez pero, como se sabe, el mismo ha experimentado algunos inconvenientes para su entrada en vigor, y en la actualidad está siendo objeto de negociación el Tratado de Lisboa.

A. DREYZIN DE KLOR

Ahora bien, de lo que no pueden quedar dudas, a esta altura del desarrollo normativo y jurisprudencial de nuestro sistema de integración, es de la existencia de un ordenamiento jurídico propio del sistema (laudo 9). Es cierto que las normas y principios forjados en el seno de la Unión Europea, habida cuenta de las particulares características de dicha organización, no pueden tener aplicación directa en el ordenamiento mercosureño. Pero no es menos cierto que las normas, los derechos y las obligaciones consagrados por el derecho del MERCOSUR no pueden ser interpretados como si se tratara de derecho internacional puro y duro. Se trata, por el contrario, de un derecho pergeñado con una finalidad integracionista, finalidad que debe ser tenida en cuenta de modo primordial al sopesar los diferentes criterios de interpretación posibles en cada caso.

2. Trascendencia de los principios sentados en los laudos

Por tratarse de un planteo fundamental en la integración, resulta destacable el tratamiento que recibió la cuestión referida a la compatibilidad entre el libre comercio intrazona y las normas internas de comercialización de productos. Los tribunales reiteradamente han aseverado que los Estados deben tener presente que las razones invocadas por las autoridades nacionales, por relevantes que ellas sean, están sujetas al principio de proporcionalidad, es decir que la lógica del proceso de integración no admite trabas al comercio para la protección de bienes que podría ser obtenida por medios menos restrictivos, como por ejemplo, informar al consumidor acerca del producto que está comprando, sus especificidades y cualidades.

Como contrapartida se ha sostenido también que la lógica integracionista admite la existencia de una reserva de soberanía que permite a los Estados partes la imposición de barreras por decisión unilateral. Esto, planteado así, sin hacer hincapié a la excepcionalidad de ese ejercicio, resulta tan inadmisibles como contradictorio con los objetivos básicos de la integración. La soberanía de cada uno de los Estados partes del sistema de integración no queda en entredicho por la asunción de ellos del compromiso de honrar las obligaciones contraídas en el marco integrado. Es precisamente la soberanía de los Estados lo que funda y da sentido a dichas obligaciones y a la existencia misma del MERCOSUR.

En un sentido más general, el análisis efectuado a lo largo de este trabajo requiere un pronunciamiento referido a las posibilidades que tienen las diferentes y teóricamente aisladas decisiones de los TAHM de conformar un cuerpo jurisprudencial coherente y armónico en el cual se vayan desarrollando los principios básicos del sistema jurídico mercosureño, como precedentes dotados de autoridad. El cuestionamiento formulado, esto es, si la falta de un tribunal supranacional de carácter permanente constituye un obstáculo ineludible para avanzar en la interpretación uniforme de las normas del bloque y de su articulación con los ordenamientos de los Estados partes conduce a una valoración matizada. Más que una respuesta en un único sentido, podría aseverarse como punto de partida, que el sistema de solución de controversias es

una dimensión indispensable del proceso de integración para avanzar y profundizar los objetivos que aspira alcanzar el MERCOSUR⁹⁴.

El interrogante central en todo caso pasa por conocer la efectividad de los laudos esto es: ¿Se cumplen o no se cumplen los laudos arbitrales dictados en MERCOSUR?

Al respecto, hemos realizado una investigación cuyos resultados adjuntamos a este trabajo a través de cuadros que reflejan los resultados.

Finalmente digamos que la entrada en vigor del PO y de las consecuentes normas reglamentarias han introducido una nueva oportunidad con la conformación de un Tribunal que, aunque lejos está de ser una corte de justicia supranacional, tiene la posibilidad de contribuir decisivamente a la uniformidad de la interpretación del derecho dentro de los cánones establecidos por el mismo Protocolo. En particular –aunque no exclusivamente–, esta tarea puede llevarse a cabo con el mecanismo de la opinión consultiva, que aunque no se trate de un procedimiento semejante al que se conoce como “la cuestión prejudicial” en otros sistemas de integración, presenta los elementos germinales para sentar las bases necesarias a tal fin. Es a través de la opinión consultiva que puede desarrollarse una hermenéutica que acerque a las partes a comprender más acabadamente qué es un proceso de integración, cómo se avanza y cuáles son los principios en que debe sustentarse para cumplir sus objetivos, que en el caso del MERCOSUR, están claramente consignados en sus instrumentos fundacionales.

3. 2006-2007: Avances: Opinión consultiva

El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR (PO) aprobado en la ciudad que le da su nombre⁹⁵, 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

⁹⁴ Se ha señalado que la valoración de los mecanismos de solución de controversias del proceso de integración exige algún tipo de transferencia de competencias de los Estados partes a instituciones permanentes creadas especialmente, lo que implica derogaciones parciales del principio de soberanía absoluta de los Estados. Al dotarse de poder de decisión a las instituciones que se creen al amparo de dicha transferencia, se encauza la actividad de tal institución por el cumplimiento de estrictas normas de derecho. El avance en esta dirección exige un “cambio cultural”, particularmente de cultura política de los diligentes, el cual necesitará de un largo período para su concreción. A. Martínez Puñal, p. 24.

⁹⁵ Analizamos este instrumento normativo en: “El Protocolo de Olivos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2003-1, pp. 579-621.

A. DREYZIN DE KLOR

opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos⁹⁶.

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 posteriori⁹⁷. 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 certeza⁹⁸. 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)⁹⁹. Téngase presente que dadas las características del ordenamiento normativo mercosureño - complejo¹⁰⁰ y asistemático¹⁰¹ - y las particularidades institucionales y jurídicas que detenta el modelo¹⁰², 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

⁹⁶ PO, Cap. III, art. 3.

⁹⁷ 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, p. 14.

⁹⁸ Ver A. Dreyzin de Klor, "Los laudos arbitrales del MERCOSUR: Una visión prospectiva", *DeCITA I.2004*, Buenos Aires, Zavalía, pp. 92-109.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ 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 del derecho de la integración", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 22, 2000, pp. 581 y ss.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² 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, pp. 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, pp.61 y ss.

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 equivalentes¹⁰³. Además, las referencias efectuadas en los laudos son respecto a lo actuado por los tribunales arbitrales ad hoc, pero no referidas a las jurisdicciones nacionales¹⁰⁴. Cuando son los tribunales nacionales los que interpretan y aplican el derecho mercosureño, eventualmente con parámetros distintos al tribunal arbitral en casos semejantes,¹⁰⁵ 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 consultivas¹⁰⁶.

A. 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 PO¹⁰⁷ y el RPO¹⁰⁸.

¹⁰³ Los laudos arbitrales de MERCOSUR pueden verse en la página www.MERCOSUR.org.uy.

¹⁰⁴ 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 Comunitário*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2004,3.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ MERCOSUR/CMC/DEC N° 37/03.

¹⁰⁷ Art. 3.

¹⁰⁸ Arts.2, 4.

A. DREYZIN DE KLOR

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.

B. 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)¹⁰⁹ pactando expresamente el sometimiento de cualquier conflicto a la competencia de 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 argentinos¹¹⁰.

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

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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.”

acudir en cambio al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (PSM)¹¹¹.

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.

C. 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 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 internacional¹¹².

De ser este 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.

D. ¿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 innovaciones¹¹³ como una herramienta para “garantizar la correcta

¹¹¹ El Protocolo de Santa María fue firmado por el CMC como Decisión N° 10/96. No está vigente por la falta de ratificaciones necesarias.

¹¹² 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, pp. 315-319; D. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados Partes del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavallía, 2003,

¹¹³ Acerca de las reformas introducidas al Protocolo de Brasilia sobre el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, puede verse A. Dreyzin de Klor, cit., pp. 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*

A. DREYZIN DE KLOR

interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática”¹¹⁴.

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 denominación¹¹⁵.

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 legislador mercosureño incluyó a los TSJ de los Estados partes (TSJ) con jurisdicción nacional entre los legitimados¹¹⁶. 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 integración¹¹⁷.

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

Controvérsias no MERCOSUL, (AA.VV.), Brasilia, Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL, 2003, pp. 189-208.

¹¹⁴ Así reza el PO en su único considerando.

¹¹⁵ 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, tº 2, Sujetos del Derecho internacional*, vol. 2, Perú, Pontificia Universidad Católica, 2002, pp. 96 y ss.

¹¹⁶ Art. 2. RPO.

¹¹⁷ 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, p.211.

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.

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”¹¹⁸.

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 TPR¹¹⁹ en función del efecto no vinculante de las OCs.

¹¹⁸ OC 1/2007. Voto de R. Olivera.

¹¹⁹ J.C. Rivera, (nota 117) p. 211.

E. 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.¹²⁰ - 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 Olivos¹²¹.

Se integra por cinco miembros a cuyo fin los Estados partes designan un árbitro y su suplente¹²²; 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 país¹²³.

F. 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.

¹²⁰ La doctrina no es conteste en considerar que el TPR asume función jurisdiccional al emitir OCs. Véase J.C. Rivera, (nota 117), pp. 210.

¹²¹ 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).

¹²² Por CMC/DEC N° 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).

¹²³ 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.

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 OC¹²⁴, 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”¹²⁵.

Así, el miembro coordinador de la redacción luego de un 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”¹²⁶.

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.

¹²⁴ W. Fernández de Brix, OC: B.1. Concepto, naturaleza y objetivo de las OC.

¹²⁵ 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”.

¹²⁶ W. Fernández de Brix, ap. 4.

A. DREYZIN DE KLOR

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 interpretación 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 consulta¹²⁷.

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 requiere¹²⁸.

G. Prevalencia del derecho de la integración sobre el derecho interno de los Estados Partes: La calidad de 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 regional¹²⁹.

Un esquema supranacional¹³⁰ 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

¹²⁷ R. Olivera, OC: B) Competencia del TPR para emitir la opinión consultiva.

¹²⁸ 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, pp.183 y ss.

¹²⁹ Es muy ilustrativa la visión sobre los laudos arbitrales en orden a estos factores que brinda D. Operti 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

¹³⁰ 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.

directo¹³¹. En tanto en MERCOSUR, dada su naturaleza 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 comunitario¹³² – 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”¹³³.

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.

¹³¹ 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 y el derecho interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el derecho del MERCOSUR*, Córdoba, Jurídica, (en prensa), 2007.

¹³² Aunque no se lo califica así en el voto, sí en cambio en el razonamiento en el cual se funda W. Fernández de Brix.

¹³³ Del voto de R. Olivera.

A. DREYZIN DE KLOR

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 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.

2007/2008: Más Opiniones consultivas

A la fecha se encuentran ante los tribunales nacionales para ser elevadas al TPR nuevas solicitudes de opiniones consultivas.

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 esta primer OC despliegue entre los operadores jurídicos, más que por su resultado, como mecanismo armonizador.

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 decisión¹³⁴. 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 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.

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

¹³⁴ 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).

A. DREYZIN DE KLOR

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 controversias¹³⁵. Ello, a la luz de los objetivos consignados - principalmente la uniformidad hermenéutica - sin dejar de considerar la experiencia ganada hasta el momento.

II. ¿Y ahora qué?

Este interrogante con el que finalizamos nuestro esquema no es sino para abrir a las reflexiones que surjan de aquí en adelante. Podríamos adelantar nuestra posición respecto a como avizoramos que continuará el proceso pero no es nuestro objetivo hacer futurología sino extraer del debate serio y científico los lineamientos que una vez presentados los argumentos de los juristas y estudiosos de la integración regional puedan resultar útiles a la investigación que realizamos y a la formulación que pueda presentarse a quienes comandan los destinos de este fenómenos subregional.

¹³⁵ 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”.