

**Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay) \***

## **Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes**

### **1. Introducción**

Los procesos de integración se han constituido desde un inicio en dinamizadores del pensamiento jurídico, en vehículos de transformación de las relaciones internacionales públicas y privadas, a partir de los cuales se analizan las nuevas perspectivas del derecho internacional y las nuevas formas de percibirlo.

La influencia de los procesos de integración y las que éstas sufren por la globalización de las relaciones internacionales han producido en las últimas décadas cambios profundos a través de acuerdos anteriormente impensables entre Estados soberanos; lo refleja la experiencia de la Unión Europea, que ha ubicado al derecho comunitario como fuente del derecho en una posición normativa y jerárquica que, si bien no suprime el derecho interno, lo condiciona, orienta y transforma.

Parte de este efecto *transformador* se manifiesta por el modo en que nuevas instituciones comunitarias, o las que surgen como consecuencia del proceso de integración, se relacionan, complementan e interactúan con las instituciones internas, y allí es nuevamente el derecho el que determina los ámbitos de competencia, la jerarquía de las normas y el modo de aplicación e interpretación de la confrontación jurídica entre normas internas y normas comunitarias.<sup>1</sup>

---

\* Profesor de Derecho Internacional Privado, profesor de Derecho de la Integración y director del Instituto de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Árbitro del Mercosur por la República del Paraguay. Miembro del Grupo Asesor de Alto Nivel de la Cancillería de la República del Paraguay. <rlabrano@sce.cnc.una.py>

<sup>1</sup> “Los procesos de integración requieren a fin de asegurar el imperio del Derecho en el bloque, y con ello una garantía para la seguridad jurídica y la efectiva salvaguarda de los derechos de los

De hecho, no pocas cuestiones ha suscitado el debate, siempre actual, de la confrontación entre derecho comunitario y derecho interno, conflicto lógico a partir de que el comunitario nace afectando las fuentes tradicionales y las formas de producción normativa, por lo que para su aplicación armónica es necesario interpretarlas.

En efecto, la variedad de situaciones jurídicas que la integración produce, así como la enorme cantidad de normas de fuentes originaria y derivada en procesos de integración que deben ser analizadas, interpretadas y aplicadas, hace necesaria la existencia de órganos capaces de operar como intérpretes especializados del derecho comunitario. En tal carácter, la facultad de responder cuestiones prejudiciales u opiniones consultivas es una de las más relevantes.

La interpretación efectuada por un órgano especializado sobre el derecho común, como cuestión prejudicial, como en el sistema de la Unión Europea, u opinión consultiva en el sistema del Mercosur, más allá de que éstas sean vinculantes o no para el órgano nacional que formula la consulta, según la evolución del esquema de integración, permite prevenir una aplicación errónea del derecho de la integración y contribuye a una aplicación armónica y coherente.

## 2. El sistema jurídico del Mercosur

La constitución del Mercosur (Tratado de Asunción)<sup>2</sup> y la organización institucional agregada por el Protocolo de Ouro Preto<sup>3</sup> —un verdadero tratado ampliatorio—<sup>4</sup> han significado en la subregión la construcción de algo más que un simple esquema de integración o de un espacio geográfico integrado.

---

particulares, el establecimiento de un sistema jurisdiccional, que no sólo controle la legalidad de las normas de las instituciones comunitarias y de aquellas que sean producto de la potestad legislativa de los Estado, sino también la compatibilidad de las conductas de las personas físicas y jurídicas (que desarrollan su actividad dentro del espacio regional) con el ordenamiento comunitario”. Alejandro Perotti: *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*, Secretaría General de la Comunidad Andina.

<sup>2</sup> El Tratado de Asunción, suscrito el 26 de Marzo de 1991, establece los principios la estructura orgánica inicial y los mecanismos programáticos para alcanzar el propósito fundamental del Tratado: la construcción de un Mercado Común. Fue ratificado por el Paraguay el 6.8.91, por el Uruguay el 6.8.91, por la Argentina el 30.10.91 y finalmente por Brasil el 30.11.91; entró en vigor el día 30.11.91.

<sup>3</sup> El Protocolo de Ouro Preto fue ratificado por el Paraguay el 12.9.95, por el Uruguay el 15.11.95, por la Argentina el 15.11.95 y por el Brasil el 15.12.95. Su entrada en vigor coincidió con la firma del Acuerdo con la Unión Europea, también el 15.12.95.

<sup>4</sup> El Protocolo adicional al Tratado de Asunción, conocido como Protocolo de Ouro Preto, suscrito el 17 de diciembre de 1994, Codificadorio y ampliatorio del Tratado, constituye de igual modo fuente originaria. Establece modificaciones a la estructura institucional, dotando además al esquema de integración de personalidad jurídica internacional.

A partir de estos instrumentos entre los Estados partes —Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay— se viene gestando una comunidad jurídica integrada, mediante normas dictadas por los órganos intergubernamentales creados para el funcionamiento y la evolución del proceso, incorporadas al ordenamiento jurídico interno con carácter obligatorio.<sup>5</sup>

Los Estados partes han asumido de forma expresa adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios el cumplimiento de lo acordado,<sup>6</sup> se han obligado a incorporar al derecho interno la normativa que sobre la base de los objetivos, competencias y facultades previstos en las fuentes originarias dictan los órganos de naturaleza intergubernamental con capacidad decisoria, que de acuerdo con el artículo 2.º del Protocolo de Ouro Preto son “el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur”.<sup>7</sup>

El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del Mercosur, al mismo incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción a fin de alcanzar la constitución final del mercado común. Se expide a través de “Decisiones” que dentro de la estructura normativa orgánica e institucional del Mercosur son las de mayor jerarquía.<sup>8</sup>

Los órganos del Mercosur son de naturaleza intergubernamental, por lo que tienen limitada su autonomía y poseen restricciones para adoptar normas sin previamente recibir las instrucciones y los mandatos de los órganos estatales. La manifestación de esta condición es la necesidad de consenso para la adopción de cualquier medida.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Roberto Ruiz Díaz Labrano: *Mercosur, integración y derecho*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 381.

<sup>6</sup> Artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto: “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”.

<sup>7</sup> Los mecanismos de consulta han sido habilitados por la Comisión de Comercio del Mercosur por medio de la directiva n.º 17/99 que en su Artículo 1.º dispuso: “Los Estados partes podrán presentar Consultas en la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM) a uno o más Estados partes sobre las materias de competencia de ésta”. Estas consultas, que sólo pueden ser formuladas en el ámbito de competencia de la CCM, no tienen carácter vinculante y de acuerdo con el artículo 11.º de la directiva, “La aplicación del presente Mecanismo de Consultas, no impide a un Estado Parte recurrir en cualquier momento al Procedimiento General de Reclamaciones (Anexo al Protocolo de Ouro Preto) o al Procedimiento de Solución de Controversias”.

<sup>8</sup> Véase el artículo 3.º del Protocolo de Ouro Preto e igualmente el artículo 9 del mismo protocolo: “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados partes”.

<sup>9</sup> Artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto: “Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes”.

Este entramado normativo es clasificado entre fuentes originarias, entre las que se incluye el tratado constitutivo y sus modificaciones institucionales a través de protocolos, y fuentes derivadas, las dictadas por los órganos con capacidad decisoria citados, normas que deben ser interpretadas adecuadamente para su aplicación coherente.

### 3. Las opiniones consultivas en el Mercosur

Las opiniones consultivas están precisamente destinadas a clarificar y facilitar la aplicación de las fuentes originarias y derivadas del Mercosur; fueron admitidas por el Protocolo de Olivos<sup>10</sup> para la Solución de Controversias en el Mercosur que derogó el Protocolo de Brasilia.

El Protocolo innova institucionalmente en varios aspectos: crea un Tribunal Permanente de Revisión (TPR),<sup>11</sup> que oficia de órgano de revisión de los laudos emitidos por los tribunales *ad hoc* o, según sea el caso, actúa directamente como instancia única, de mediar acuerdo entre los Estados partes en la controversia. A él se atribuye además la competencia para evacuar opiniones consultivas.

Entre las novedades importantes que se producen en el sistema de solución de controversias en el Mercosur a través del Protocolo de Olivos, el de las opiniones consultivas es uno de los de mayor relevancia, porque habilita un instrumento fundamental para armonizar la interpretación del derecho, un gran paso para la seguridad jurídica en la aplicación e interpretación coherente del derecho del Mercosur, al establecer una jurisprudencia que dé certeza jurídica y afirme el ordenamiento jurídico comunitario.

Los Estados partes, por medio del Protocolo de Olivos, acordaron que el Consejo del Mercado Común resolviera la oportunidad en que el sistema o procedimiento consultivo entraría a regir, y determinara el alcance y la modalidad del procedimiento de consulta, para lo cual otorgaron un margen amplio de autonomía y de apreciación de las condiciones en las cuales desarrollar esta nueva institución.

---

<sup>10</sup> El Protocolo de Olivos fue suscrito el 18 de febrero de 2002 y ratificado por los cuatro Estados partes del Mercosur. Argentina (ley n.º 25.663 del 18.10.02, BO 21.10.02, p. 1, ratif.: 29.1.03); Brasil (decreto legislativo n.º 712 de 14.10.03 publicado en DOU el 15.10.03, ratif.:2/12/03); Paraguay (ley n.º 2070/03 del 3.2.03, ratif.: 20.2.03); Uruguay (ley n.º 17 629 del 11.4.03, DO 6.5.03, ratif.: 11.7.03). Sustituyó como instrumento para la solución de controversias en el Mercosur al Protocolo de Brasilia. "El 18 de febrero de 2002, se suscribió en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, un nuevo instrumento para regular la solución de controversias en el Mercosur. No se trata del 'Sistema Permanente' previsto en el Anexo III del Tratado de Asunción de 1991, sino de otro 'régimen transitorio' que modifica el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de este mismo año y su Reglamento, aprobado por el Consejo del Mercado Común por Decisión 17/98, como así también algunos dispositivos del Protocolo de Ouro Preto". Ernesto J. Rey Caro: *El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*, Córdoba: Marcos Lerner.

<sup>11</sup> El Tribunal Permanente del Mercosur implica la posibilidad de contar con jueces o, como aún se los denomina, *árbitros* de mayor permanencia, teniendo en cuenta que el Sistema del Protocolo de Brasilia sólo admitía el sistema arbitral *ad hoc*.

#### 4. El ejemplo del diálogo institucional entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los órganos judiciales nacionales

Una referencia fundamental para percibir la potencialidad de las opiniones consultivas en el Mercosur son las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo que nos detendremos brevemente sobre su funcionamiento, así como sobre el diálogo institucional entre el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales nacionales y su regulación en la Unión Europea.

La aparición de las instituciones comunitarias creadas en el proceso europeo de integración ha debido encontrar fórmulas de diálogo institucional entre los órganos internos y comunitarios. Una de las más importantes ha sido la estructurada para resolver las dificultades suscitadas en la aplicación del derecho comunitario, a través de la creación de un órgano jurisdiccional supranacional especializado como máxima instancia judicial que garantice e interprete el derecho comunitario.<sup>12</sup>

Es la competencia fundamental que se atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyo rol no es otro, precisamente, que el de oficiar de intérprete y garante del derecho comunitario,<sup>13</sup> si bien no en forma exclusiva, dado que también cumplen esa función los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. El Tribunal de Justicia es el intérprete final o último de este derecho.<sup>14</sup>

Tampoco el papel de garante del derecho comunitario es exclusivo del TJCE. Esta competencia corresponde también a los órganos nacionales, posible por la particularidad del derecho jurisdiccional comunitario que enlaza para la aplicación del derecho comunitario a órganos nacionales con los comunitarios. Éste actúa como órgano de revisión en el estricto campo de su competencia.

En cuanto al control del respeto en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, confrontando esta competencia con la de los tribunales constitucionales nacionales que se ocupan exclusivamente de derechos y garantías fundamentales, el Tribunal de Justicia de las comunidades se ocupa de la legalidad de toda la aplicación de todo el derecho comunitario; en este sentido su esfera es más amplia que la del tribunal constitucional clásico.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> De acuerdo con el artículo 219 del Tratado de la CE, “Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado”.

<sup>13</sup> De acuerdo con el artículo 164 del Tratado de la CE, el Tribunal “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación”.

<sup>14</sup> Ruiz Díaz Labrano: o. cit.

<sup>15</sup> Ricardo Alonso García: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 322. “Ello implica que el Tribunal de Justicia, garante tanto la legalidad como de la constitucionalidad comunitaria” (A. Hoechst, 26 de marzo 1987, pp. 46-87).

El sistema permite que las instituciones internas interpreten y apliquen el derecho comunitario y en los casos de duda sobre el alcance de este derecho, a través de las opiniones consultivas, interactúen con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a fin de lograr una interpretación que con este alcance, sin interferir en la interpretación de las cuestiones de hecho, refieran al juez la interpretación del TJCE respecto de la cuestión que le es sometida. Se logra así garantizar que la solución de los órganos internos esté en consonancia con la interpretación del Tribunal Comunitario. En definitiva:

La cuestión prejudicial, no tiene más finalidad en la UE que la de colocar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como órgano encargado de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por los jueces y Tribunales y de velar por la correcta aplicación del Derecho comunitario.<sup>16</sup>

Esta experiencia, la de evacuar opiniones consultivas o prejudiciales sobre el derecho comunitario, es uno de los medios por el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas garantiza el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados. Es un mecanismo eficaz y ha permitido contribuir a que los órganos nacionales puedan lograr una interpretación previa o prejudicial sobre el alcance y la validez del derecho comunitario, antes de pronunciarse sobre la cuestión que le es sometida.

La experiencia del TJCE en relación con las cuestiones prejudiciales sobre el derecho comunitario ha favorecido el desarrollo y la evolución del derecho de la integración europea; también ha favorecido y garantizado su aplicación conforme a las fuentes propias y de forma adecuada. Es en este sentido que las denominadas *cuestiones prejudiciales* se han convertido en verdaderos instrumentos de cooperación entre órgano comunitario y órgano nacional.<sup>17</sup> El sistema jurídico comunitario europeo ha establecido, a través de la consulta prejudicial, un procedimiento fundamental de cooperación entre un órgano judicial supranacional y los órganos judiciales nacionales.

En sus pronunciamientos, el propio TJCE ha manifestado que la cuestión prejudicial debe ser considerado como un *mecanismo de cooperación*, mediante el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el orden sus competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión judicial: el órgano

---

<sup>16</sup> Ricardo Alonso García: *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucionales y ordinarias frente a su primacía y eficacia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

<sup>17</sup> El Tribunal Andino ha señalado: “La interpretación prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno (Sentencia de 25 de febrero de 1994, dictada en el proceso 6-IP-93, caso *Louis Vuitton*, publicada en el tomo III de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, p. 101). Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros”.

comunitario determinando el alcance y la validez de la fuente comunitaria y el órgano nacional aplicando el derecho comunitario con base en la interpretación prejudicial.

La competencia para responderlas es atribuida al TJCE, que puede ser requerido en consulta sobre el derecho comunitario; esto permite que la aplicación del derecho y la legitimidad de los actos sean compatibles con las fuentes comunitarias y su correcta aplicación por los magistrados nacionales, quienes son en realidad los que en primer lugar aplican derecho comunitario.

El principal efecto jurídico de la interpretación prejudicial es su carácter vinculante, lo que implica que el juez nacional no podrá apartarse de ella; como jurisprudencia, en principio tiene efecto general, pero no cierra la puerta a que una nueva consulta pueda ser solicitada por cualquier juez nacional, requiriendo un nuevo pronunciamiento sobre la misma fuente comunitaria con base en nuevas cuestiones o argumentos, lo que hace evolucionar y actualizar la jurisprudencia del órgano comunitario en estrecha cooperación con el órgano nacional.<sup>18</sup>

## 5. La competencia para las opiniones consultivas en el sistema del Mercosur

En el Mercosur, con un sistema de solución de controversias diferente del de la Unión Europea, la competencia para emitir opiniones consultivas quedó supeditada a la reglamentación por el Consejo del Mercado Común. En el Protocolo de Olivos se dispuso que éste órgano “podrá” establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas sobre las fuentes jurídicas del Mercosur, tanto originarias como derivadas, a ser sometidos al Tribunal Permanente de Revisión (TPR),<sup>19</sup> órgano al cual otorgó la potestad de evacuar opiniones consultivas con los alcances y límites establecidos por la reglamentación.<sup>20</sup>

Debemos tener en cuenta que el Protocolo de Olivos, en su artículo 3.º, sólo dispuso: “El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos”. En consecuencia, si bien introdujo la institución consultiva, no estableció el procedimiento, no especificó si las consultas versarían exclu-

---

<sup>18</sup> Las sentencias prejudiciales producen efectos *ex tunc* (desde el momento de entrada en vigor de la norma interpretada), aunque el TJCE se guarda la posibilidad de declararla *ex nunc* por motivos de seguridad jurídica.

<sup>19</sup> El Tribunal Permanente está integrado por cinco árbitros. Cada Estado parte del Mercosur designará un árbitro y su suplente por un período de dos años, renovable por no más de dos períodos consecutivos. El quinto árbitro es designado por un período de tres años, no renovable salvo acuerdo en contrario de los Estados partes; será elegido por unanimidad de los Estados partes, de la lista a que hace referencia este numeral, por lo menos tres meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Dicho árbitro tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados partes del Mercosur.

<sup>20</sup> MERCOSUR/CMC/DEC. n.º 37/03.

sivamente sobre cuestiones normativas relacionadas con las fuentes jurídicas del Mercosur, o si se extenderían sobre las consideraciones de hechos, o si se limitarían a la compatibilidad normativa entre fuentes jurídicas comunes y las fuentes nacionales de los Estados partes.

No determinó quiénes estarían legitimados para plantear las consultas, si lo podrían hacer los Estados partes, las instituciones, los órganos judiciales nacionales, los tribunales *ad hoc* o los particulares, ni si las consultas serían directas o indirectas;<sup>21</sup> no explicitó si las opiniones tendrían carácter vinculante, si operarían con efecto integrador del derecho o si sólo sería interpretativas sin carácter vinculante.

Todas estas cuestiones quedaron sujetas a la decisión del Consejo Mercado Común, incluyendo, como se señaló, la oportunidad de su aplicación. Fueron referidas a la Reglamentación, posteriormente adoptada por el CMC por medio de la decisión n.º 37/03, verdadero instrumento habilitador del mecanismo de consultas sobre el derecho del Mercosur, pero sin dotarlo de efecto vinculante, con lo que se perdió, por lo menos temporalmente, la oportunidad de crear una jurisprudencia armónica del derecho de la integración. Sin embargo, nada obsta, teniendo en cuenta la facultad delegada por el Protocolo de Olivos, que se modifique o amplíe la decisión.

En efecto, la reglamentación bien pudo haber establecido el carácter vinculante de las opiniones consultivas, siguiendo a quienes eran partidarios de hacerlo como medio de acelerar la profundización del sistema jurídico del Mercosur, al entender que es un instrumento útil para la correcta interpretación y aplicación del derecho de la integración por los órganos judiciales nacionales,<sup>22</sup> así como para los Estados partes y las instituciones.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, consulta directa por los órganos institucionales, los Estados partes, los órganos judiciales nacionales, los particulares, los demás órganos, o consultas indirectas a través de las instituciones.

<sup>22</sup> Cf. J. Pérez Otermin: Jornadas Académicas sobre el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del Mercosur, Montevideo 10.6.2002, citado por Adriana Dreyzin de Klor: *El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones*, <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a5ADK.pdf>>, donde la autora también refiere: “A efectos de ampliar la protección de las personas físicas y jurídicas de carácter privado, debiera admitirse la consulta proveniente de instancias inferiores, en las que son resueltas la gran mayoría de las causas”.

<sup>23</sup> Cf. Adriana Dreyzin de Klor: “La relevancia de avanzar hacia una interpretación uniforme del derecho del Mercosur articulando los medios idóneos, es núcleo central en torno al cual debe girar el mecanismo de solución de conflictos. Si bien todas las innovaciones acordadas en el nuevo texto enraízan en la idea de afianzar y consolidar la seguridad jurídica en el bloque, entendemos que en la medida que no se arbitren los métodos necesarios para confluir en la adopción de este mecanismo, los derechos de los ciudadanos no estarán debidamente resguardados”. Véase “El Protocolo de Olivos”, presentado en el *Forum Brasil-Europa*, organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 de noviembre de 2002.

En este sentido, el primer informe semestral de la Secretaría del Mercosur<sup>24</sup> señala que la opinión que emita el TPR en el marco de una opinión consultiva, en cualquiera de los tres supuestos previstos como legitimados a formular consultas<sup>25</sup> conforme al artículo 11 del Reglamento, no será vinculante pero el avance sería aún mayor si lo fuera.

De todas formas, y pese a que las opiniones consultivas no tendrán carácter vinculante en esta etapa del proceso de integración, la sola posibilidad de su formulación a un órgano especializado constituye un gran paso para la consolidación del orden jurídico a través de un mecanismo para la interpretación armónica del derecho de la integración en el espacio integrado.<sup>26</sup>

## 6. Las facultades reglamentarias otorgadas al Consejo del Mercado Común

Hemos visto que, por competencia delegada por los Estados partes, quedaron al arbitrio del Consejo del Mercado Común la mecánica del procedimiento, las condiciones para implementar el procedimiento consultivo, el alcance y la modalidad del procedimiento de consulta, lo que significa un margen amplio de autonomía y de apreciación de las condiciones de funcionamiento del sistema.

La reglamentación fue aprobada por decisión n.º 37/03<sup>27</sup> del Consejo del Mercado Común (CMC), en oportunidad de la XXV Reunión Cumbre del Mercosur, celebrada en Montevideo el 15 de diciembre del 2003,<sup>28</sup> obedeciendo al mandato previsto en el artículo 47 del Protocolo de Olivos.<sup>29</sup> En su artículo 2.º deja en claro que la

<sup>24</sup> *Un foco para el proceso de Integración Regional*, primer informe semestral de la Secretaría del Mercosur, Montevideo, julio del 2004.

<sup>25</sup> 1) Todos los Estados partes del Mercosur actuando conjuntamente; 2) los órganos con capacidad decisoria del Mercosur, y 3) los tribunales superiores de los Estados partes con jurisdicción nacional.

<sup>26</sup> Roberto Ruiz Díaz Labrano: "El Protocolo de Olivos, nuevo sistema de solución de controversias en el Mercosur", *Anuario Brasil-Europa*, Río de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, 2003, p. 97.

<sup>27</sup> La norma reglamentaria en el capítulo II del Anexo a la decisión n.º 37/03 se ocupa de las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR).

<sup>28</sup> "Mediante cincuenta y cinco artículos distribuidos en diez capítulos, el Reglamento aborda las materias incluidas en el PO, aunque continúan sin respuesta aspectos importantes acerca de los cuales se dispone la necesidad de aprobar un nuevo documento jurídico; concretamente, sobre la reglamentación para hacer uso de la opción de foro con relación a los sistemas de solución de controversias de esquemas preferenciales de comercio y sobre el procedimiento para solicitar opiniones consultivas, cuando sean los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de los Estados partes quienes las requieran del Tribunal Permanente de Revisión (TPR). Tampoco da tratamiento a las medidas excepcionales y de urgencia quedando pendiente para la Reunión Cumbre a celebrarse en Buenos Aires". Dreyzin de Klor: o. cit.

<sup>29</sup> Artículo 47 del Protocolo de Olivos: "Reglamentación. El Consejo del Mercado Común aprobará la reglamentación del presente Protocolo dentro de los sesenta (60) días de su entrada en vigencia".

reglamentación no necesita incorporación especial a los ordenamientos jurídicos nacionales, o *internalización*,<sup>30</sup> según la expresión usualmente utilizada, por reglar aspectos de funcionamiento o de la organización del Mercosur.<sup>31</sup>

A nuestro criterio no lo necesita porque constituye una norma derivada de un protocolo internacional, en el cual se dispone su reglamentación y el órgano al que se atribuye competencia para hacerlo. La reglamentación, que se halla contenida en el Anexo a la directiva, busca “asegurar la efectividad de sus mecanismos y la mayor seguridad jurídica del proceso de integración”.

## 7. Instituciones y órganos legitimados para requerir opiniones consultivas al Tribunal Permanente del Mercosur

La reglamentación respecto de las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión determina quiénes están legitimados para solicitarlas.<sup>32</sup> Lo pueden hacer, en las condiciones establecidas para cada caso, los Estados partes del Mercosur conjuntamente y los órganos con capacidad decisoria del Mercosur,<sup>33</sup> así como los tribunales superiores de los Estados partes con jurisdicción nacional.

No parece razonable que los Estados partes deban actuar en conjunto para requerir opiniones consultivas; habría sido más lógico que fuera posible a uno o más Estados, cuanto lo estimaren necesario, requerir consultas al TPR sin supeditar a este efecto la formulación por consenso.

Teniendo en cuenta que la consulta evacuada por un órgano especializado clarifica el derecho, armoniza la interpretación y la aplicación del derecho común, contribuyendo a fortalecer el proceso de integración —como se puede verificar en el sistema europeo por medio de las cuestiones prejudiciales ante el TJCE—, sólo se puede inferir un beneficio para todos los Estados partes en la consulta, aun cuando la formule un solo Estado, razón por la cual no compartimos esta limitación.

---

<sup>30</sup> Como *internalización* se considera el procedimiento mediante el cual los Estados partes incorporan la norma, a los distintos ordenamientos nacionales; la denominación utilizada en la Unión Europea es *transposición*. Por su naturaleza tienen efecto directo y aplicación directa.

<sup>31</sup> Según la decisión n.º 37/03 del CMC en su artículo 2. Esta decisión no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados partes por reglamentar aspectos de funcionamiento o de la organización del Mercosur.

<sup>32</sup> Decisión n.º 37/03 del CMC, artículo 2: “Legitimación para solicitar opiniones consultivas”.

<sup>33</sup> Tienen capacidad decisoria el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur. Sus pronunciamientos están considerados según el capítulo V del Protocolo de Ouro Preto como “fuentes jurídicas del Mercosur”, según se observa en el artículo 41 numeral III: “Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”.

Por otra parte, la reglamentación distingue la formulación por los Estados partes y por los órganos con capacidad decisoria, de la petición a través de los tribunales superiores de los Estados partes, y precisa el ámbito y los límites a los cuales se sujetará la consulta, según sea el caso, introduciendo variables que no reconocen una razón apreciable.

## **8. Opiniones consultivas requeridas por los Estados partes en conjunto y los órganos con capacidad decisoria**

Cuando se trata de peticiones formuladas por los Estados partes y los órganos con capacidad decisoria, el ámbito legal de la consulta está determinado en el artículo 3.º, numeral 1, del Reglamento, el cual expresa que podrán solicitar opiniones consultivas sobre “cualquier cuestión jurídica” de las fuentes jurídicas originarias y derivadas del Mercosur, comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM. El procedimiento reglado en el artículo 3.º del Reglamento se ocupa de la tramitación en las hipótesis citadas.<sup>34</sup>

Cuando sean los Estados partes quienes impulsen la formulación de consultas, deben presentar un proyecto de solicitud a los demás Estados, a efectos de consensuar su objeto y contenido, teniendo en cuenta que deberán actuar conjuntamente.<sup>35</sup> Se puede observar que el sistema previsto para los Estados partes del Mercosur obliga a que previamente se logre consenso sobre el interés o la conveniencia de formular la consulta, para luego formular la petición por medio de la Presidencia Pro Témpore, a la cual compete preparar el texto de la solicitud y presentarla al TPR a través de su Secretaría (ST).<sup>36</sup>

Cuando la consulta es impulsada por cualquiera de los órganos con capacidad decisoria, considerados tales el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur,<sup>37</sup> ello supone el parecer favorable o la conformidad de los representantes de cada uno de los Estados partes en estos órganos. Al haber consenso respecto de la decisión de formular la consulta, ésta deberá constar en el acta de la reunión en la que se decida solicitarla y encaminarla a través de la ST de la Presidencia Pro Témpore al TPR.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Artículo 3.º, numeral 2, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>35</sup> Artículo 3.º, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>36</sup> La Secretaría está prevista en el artículo 35 de los Reglamentos.

<sup>37</sup> En el Sistema Jurídico del Mercosur las decisiones son adoptadas por consenso, por lo que las instituciones comunes de naturaleza intergubernamental deben actuar por consenso (artículo 16 del Tratado de Asunción, capítulo III: “Sistema de toma de decisiones”. Artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto: “Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes”).

<sup>38</sup> Artículo 3.º, numeral 3, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

## 9. Opiniones consultivas requeridas a través de los tribunales superiores de los Estados partes

La Secretaría Técnica Jurídica de la SAM ha reconocido expresamente:

La tarea aplicativa del Derecho del Mercosur, principalmente por los jueces nacionales, constituye, sin lugar a dudas, la última y más importante de las fases que hacen a la vigencia práctica de la normativa regional. La eventual falta de aplicación del ordenamiento mercosureño, lo mismo que si ella ocurre de manera errónea o incompleta, limita sustancialmente el éxito de las reglas de derecho que deben regular el proceso de integración, contribuyendo en ocasiones a la aparición de situaciones de inseguridad jurídica.<sup>39</sup>

De allí que la posibilidad de que un órgano especializado como el Tribunal Permanente del Mercosur pudiera contribuir a la claridad del derecho comunitario, y que a tal efecto los órganos judiciales pudieran requerir consultas, habría sido óptima para garantizar sobre todo la certeza jurídica en el momento de la aplicación del derecho.

Sin embargo, la posibilidad de requerir opiniones consultivas fue admitida sólo a través de los tribunales superiores de los Estados partes.<sup>40</sup> Esta situación, que, pese a las limitaciones que la reglamentación impone, debe ser calificada como un extraordinario avance en cuanto mecanismo de interrelación y cooperación con los órganos judiciales nacionales, difiere respecto a los demás legitimados respecto al ámbito de aplicación en que presupone la existencia de una causa en la cual exista la necesidad de requerir la opinión consultiva.

El reglamento prevé, como quedó dicho, que a través de los máximos órganos con jurisdicción nacional se podrá requerir consultas al Tribunal Permanente de Revisión,<sup>41</sup> que éste podrá emitirlas en la medida en que se refieran exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, mencionada en el artículo 3, párrafo 1, del Reglamento, y siempre que se vinculen con causas que estén en trámite en el Poder Judicial del Estado parte solicitante.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Alejandro Perotti y Deisy Ventura: *Primer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur*, Montevideo: Secretaría Técnica Jurídica del Mercosur, Estudio n.º 003/04, 2004.

<sup>40</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01).

<sup>41</sup> Artículo 4.º, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>42</sup> Artículo 4.º del Reglamento del Protocolo de Olivos: "Tramitación de la solicitud de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes. 1) El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, mencionada en el artículo 3, párrafo 1 del presente Reglamento, siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante".

El Reglamento condiciona la aplicación de esta vía de cooperación a que los tribunales superiores de justicia de los Estados partes<sup>43</sup> sean consultados sobre el procedimiento y la reglamentación respecto del mecanismo para requerir las opiniones consultivas que fueran formuladas al TPR por dichos órganos; entendemos que la modificación debería seguir el mismo procedimiento.

La falta de reglamentación no debería impedir su formulación, teniendo en cuenta que, en principio, no es posible limitar las medidas que el tribunal superior interno pueda adoptar como medidas de mejor proveer; además, la falta de ley reglamentaria no impide la efectividad de un derecho ya reconocido por los Estados partes.

Respecto del alcance de la reglamentación, el Comité de Expertos del proyecto: “Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del Mercosur”, ha manifestado:

Entrando ya en el terreno sustantivo del mecanismo consultivo, este Comité de Expertos considera, a la luz del Reglamento de Olivos, que:

1) cualquier tribunal nacional puede solicitar una opinión referente a la normativa del Mercosur, siempre que se vincule con causas de las que esté conociendo;

2) pese a las dudas que pudiera suscitar la redacción del Reglamento, la opinión es susceptible de versar tanto sobre la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, como sobre su validez misma a la luz del propio ordenamiento del Mercosur;

3) los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes son los encargados de actuar como eslabón formal entre la judicatura nacional y el TPR, procediendo a dar trámite ante este último a la opinión consultiva solicitada;

4) en la medida en que esa conexión formal debe producirse al más alto nivel protocolario y de manera uniforme, debe aclararse que son las Cortes Supremas de los Estados partes las encargadas de dar trámite a las consultas (esto es: en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en Brasil, el Supremo Tribunal Federal; en Paraguay, la Corte Suprema de Justicia; y en Uruguay, la Corte Suprema de Justicia);

5) debe también aclararse que el papel de las Cortes Supremas ad intra debe limitarse a dar traslado de la opinión solicitada al TPR, sin entrar en ningún tipo de control acerca de la relevancia o pertinencia de la opinión solicitada, reservado al propio TPR; lo contrario exigiría proceder a un complejo —y delicado desde el punto de vista político— proceso de armonización acerca del alcance de los poderes de las Cortes Supremas de los Estados partes a la hora de ejercitar el referido juicio de relevancia o pertinencia (pues de no ser así se correría el grave riesgo de quebrar la uniformidad en la solicitud de la opinión, al poder establecer cada Estado Parte diferentes reglas al respecto), al tiempo que podría alejar al juez nacional ordinario —y con ello, a las partes implicadas en el litigio, y en última instancia al ciudadano mismo— de un contacto directo con el juez del Mercosur.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Artículo 4.º, numeral 2, del Reglamento del Protocolo de Olivos: “El procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR previstas en el presente artículo será reglamentado una vez consultados los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes”.

<sup>44</sup> Extractado del proyecto en el marco de la cooperación Unión Europea-Mercosur: *Contribución al perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Mercosur*, informe final redactado por el Comité de Redacción y Propuesta integrado por Ricardo Alonso García (España), Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), Ronald Herbert (Uruguay), Luiz Otavio Pimentel (Brasil), Roberto Ruiz

En orden a la reglamentación de la vía prevista a través de los tribunales superiores de los Estados partes, los Poderes Judiciales de los Estados partes ya han dado pasos importantes para unificar criterios. Sus máximos representantes, reunidos en el II Encuentro de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados, realizado en Brasilia entre el 28 y 30 de noviembre de 2004, al cual concurrieron representantes del Tribunal Permanente de Revisión y de los tribunales *ad hoc*, han abordado el tema de las opiniones consultivas, anticipando la necesidad de complementación en la cooperación entre órganos de solución de conflictos de distinta naturaleza.<sup>45</sup>

En dicha oportunidad y por medio de la *Carta de Brasilia*,<sup>46</sup> se acordó “Institucionalizar en Brasilia, un Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur para cuestiones jurídicas de relevancia e integración latinoamericana en general, con particular énfasis en el Mercosur”. Como conclusión del encuentro, se resolvió proseguir en diálogo con el Tribunal Permanente de Revisión, buscando coincidencias en el mecanismo para las opiniones consultivas.

## 10. Presentación de la solicitud de opiniones consultivas, aclaraciones y ampliaciones

La reglamentación aprobada por decisión del CMC se ocupó de las formas y modalidades que deben ser aplicadas, dispuso que la presentación de la solicitud de opiniones consultivas, en todos los casos, se presentará por escrito, formulando en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta y las razones que la motivan e indicando las normas del Mercosur vinculadas a la petición. Asimismo, deberá acompañarse, si correspondiere, de toda la documentación que pueda contribuir a su dilucidación.<sup>47</sup>

En cuanto a las aclaraciones y documentaciones que puede requerir el Tribunal Permanente de Revisión, éste podrá recabar las que estime pertinentes. El diligencia-

---

Díaz-Labrano (Paraguay), Juan Antonio Cremades (España), Jeannette Irigoín-Barrenne (Chile), Manuel Lopes Porto (Portugal) y José Vidal-Beneyto (España) en la 3.<sup>a</sup> Reunión y Conferencia Plenaria de Cierre realizada en Asunción del 9 al 14 de agosto del 2004, numeral 13.

<sup>45</sup> La reunión preparatoria para el III Encuentro —previsto para el 21 y 22 noviembre del 2005— realizado en Montevideo el día 12 de setiembre del 2005, abordó igualmente el tema, el que se encuentra tanto en la agenda para la reunión preparatoria a ser realizada en Asunción los días 3 y 4 de octubre del 2005, en que sería presentado el proyecto de reglamentación por la Corte Suprema de Justicia del Uruguay, el cual será debatido y profundizado durante el III Encuentro de Supremos Tribunales y Cortes Supremas de Justicia del Mercosur previsto para los días 22 y 23 de noviembre de 2005 en Brasilia.

<sup>46</sup> La *Carta de Brasilia* fue suscrita en oportunidad del II Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del Mercosur y Asociadas el 30 de noviembre del 2004.

<sup>47</sup> Artículo 5 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

miento de dichos trámites no suspenderá el plazo señalado en el artículo anterior, a menos que el propio Tribunal Permanente lo considere necesario.<sup>48</sup>

Resta determinar si los tribunales superiores de los Estados partes podrán ordenar la suspensión de los trámites ante los órganos nacionales. Entendemos aconsejable hacerlo, teniendo en cuenta que de otro modo la opinión evacuada no tendrá efecto alguno o llegará tardíamente. En el sistema europeo, los órganos nacionales suspenden el procedimiento aguardando que la cuestión prejudicial sea resuelta.<sup>49</sup>

De acuerdo con la reglamentación, el TPR no admitirá solicitudes de opiniones consultivas, cuando: a) resulten improcedentes de acuerdo con los artículos 1 a 3 del presente Reglamento, o b) se encuentre en curso cualquier procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión.<sup>50</sup>

## 11. Integración, convocatoria y funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión

Según el procedimiento previsto, a partir de la recepción en Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión de la petición o solicitud, el secretario procederá inmediatamente a comunicar dicha solicitud a los miembros del TPR,<sup>51</sup> que deberá estar integrado por todos sus miembros.<sup>52</sup> Esta última exigencia carece de practicidad, teniendo en cuenta que el Tribunal Permanente puede reglamentar la forma en que se organiza internamente para resolver estas cuestiones y que le está facultado incluir en sus reglas de procedimiento las que correspondan a la tramitación de las opiniones consultivas.<sup>53</sup>

El propio Reglamento establece que los miembros del TPR decidirán, de común acuerdo, quién de ellos tomará a su cargo la tarea de coordinar la redacción de la respuesta a la consulta. En caso de no llegarse a un acuerdo al respecto, el presidente del TPR designará por sorteo el árbitro que desempeñará esta tarea.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> Artículo 8 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>49</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01): “35. El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia lleva consigo la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se Pronuncie. 36. Sin embargo, el juez nacional seguirá siendo competente para adoptar medidas cautelares, especialmente en el caso de haberse planteado una cuestión de validez”.

<sup>50</sup> Artículo 12 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>51</sup> Artículo 6.2 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>52</sup> Artículo 6.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>53</sup> Artículo 6.4 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>54</sup> Artículo 6.3 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

Con relación al plazo para emitir opiniones consultivas, el TPR se expedirá por escrito dentro del plazo de 45 días contados a partir de la recepción de la solicitud de la opinión consultiva.<sup>55</sup>

Fue previsto un sistema de agilización de trámites, dado que el TPR, a efectos de expedirse, funcionará mediante el intercambio de comunicaciones a distancia, tales como fax y correo electrónico, y sólo ante el caso de que considere o estime necesario reunirse informará previamente a los Estados partes, a los efectos de que éstos provean los fondos necesarios para asegurar su funcionamiento.<sup>56</sup>

## 12. Contenido de las opiniones consultivas

El ámbito previsto para las consultas<sup>57</sup> varía según sean los Estados partes o los órganos del Mercosur los que recurran y requieran opinión consultiva al TPR, o si son formuladas a través de los tribunales superiores de los Estados partes.

Respecto de los primeros, el TPR expedirá su opinión sobre “cualquier cuestión jurídica” de las fuentes jurídicas originarias y derivadas del Mercosur, comprendidas en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM.<sup>58</sup>

En el segundo supuesto, el TPR responderá o emitirá opinión a los tribunales superiores de justicia de los Estados partes, siempre que la consulta verse sobre la interpretación jurídica de la normativa Mercosur ya citada y en la medida en que se vincule con causas que estén en trámite en el Poder Judicial del Estado parte solicitante. En otras palabras, no se podrán formular consultas antes de que exista una causa y que en ella surja una cuestión vinculada a la normativa mencionada.

Las opiniones consultivas se fundarán en la normativa mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos<sup>59</sup> y deberán contener: a) una relación de las cuestiones

---

<sup>55</sup> Artículo 7.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>56</sup> Artículo 7.2 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>57</sup> “En el documento elevado a la reunión celebrada en Asunción para negociar el Reglamento, se ejemplificó acerca de las materias que pueden constituir el objeto de la consulta incluyendo entre las mismas, las siguientes: legalidad de una proyectada aplicación de una norma; interpretación de un derecho comunitario; dictamen sobre posibles conflictos de competencia entre órganos comunitarios, o entre éstos y Estados partes; legalidad de proyectados acuerdos del Mercosur con otras instituciones internacionales o con determinados estados”. Va de suyo que la propuesta no prosperó pues la reglamentación aprobada la redujo en grado significativo”. Dreyzin de Klor: o. cit.

<sup>58</sup> Artículo 3, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>59</sup> Artículo 34 del Protocolo de Olivos: “Derecho aplicable. 1. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de

sometidas a consulta; b) un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el Tribunal las hubiese pedido; c) el dictamen del TPR con la opinión de la mayoría y las opiniones en disidencia, si las hubiera.<sup>60</sup> Las opiniones consultivas serán fundadas y suscritas por todos los árbitros intervinientes<sup>61</sup> y serán publicadas en el *Boletín Oficial del Mercosur*.<sup>62</sup> En el sistema europeo, la remisión por los órganos jurisdiccionales nacionales se efectúa por correo certificado.<sup>63</sup>

A título de referencia, con relación a las cuestiones prejudiciales el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha indicado:

5. En el marco del procedimiento prejudicial, la función del Tribunal de Justicia consiste en interpretar el derecho comunitario o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el órgano jurisdiccional nacional. Al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas de derecho nacional.<sup>64</sup>

### 13. Finalización del procedimiento consultivo

El procedimiento consultivo finalizará en tres supuestos:

- a. “la emisión de las opiniones consultivas”, las cuales, pese a no tener carácter vinculante, permiten al juez nacional establecer el alcance del derecho del Mercosur involucrado en la cuestión específica, de modo tal que al dictar resolución o sentencia tenga elementos de convicción suficientes sobre el derecho a ser aplicado;

---

Derecho Internacional aplicables a la materia. 2. La presente disposición no restringe la facultad de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc o la del Tribunal Permanente de Revisión cuando actúe en instancia directa y única, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de decidir la controversia ex aequo et bono, si las partes así lo acordaren”.

<sup>60</sup> Artículo 9, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>61</sup> Artículo 9, numeral 2, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>62</sup> Artículo 13 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>63</sup> Respecto de las formas adoptadas en el Sistema Comunitario Europeo, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01). “20. La decisión mediante la cual el juez nacional somete una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia puede revertir cualquiera de las formas admitidas en su derecho interno para los incidentes procesales. Ahora bien, debe tenerse presente que este documento servirá de base al procedimiento que se sigan ante el Tribunal de Justicia y que éste debe disponer de los elementos que le permitan proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional. Además, la petición de decisión prejudicial es el único documento que se notifica a las partes interesadas que pueden presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia — en especial, los Estados miembros y las instituciones— y el único que se traduce”.

<sup>64</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01).

- b. “la comunicación al peticionante de que las opiniones consultivas no serán emitidas por alguna causa fundada, tal como la carencia de los elementos necesarios para el pronunciamiento del TPR”, lo que a nuestro criterio no implica que no pueda ser reformulado;
- c. “el inicio de un procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión”; en este caso, el procedimiento consultivo deberá ser finalizado por el TPR sin más trámite.<sup>65</sup>

En el último supuesto, se ha querido evitar que exista un pronunciamiento contradictorio entre el emitido por el TPR y el órgano jurisdiccional nacional, dado que, al no tener carácter vinculante, podría éste apartarse de su interpretación; sin embargo, entendemos que son ámbitos diferentes.

Las cuestiones sometidas al sistema de solución de controversias buscan la supresión de la norma interna que contradice las fuentes jurídicas del Mercosur o la terminación de los obstáculos de carácter discriminatorio que se producen de un modo general como afectación al comercio de bienes. En tanto, los conflictos suscitados en sede jurisdiccional nacional buscan resolver cuestiones concretas de afectaciones específicas, en un proceso que no será suspendido como efecto de una controversia por medio del sistema de solución de controversias del Mercosur. Por ello, privar al órgano jurisdiccional de una interpretación especializada que contribuirá a una solución coherente y armónica no parece justificado.

La reglamentación dispone también que todas las decisiones de finalización serán notificadas a todos los Estados partes a través de la ST.<sup>66</sup>

#### **14. Efecto de las opiniones consultivas**

De acuerdo con la Reglamentación, las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias,<sup>67</sup> por lo que, si bien el Protocolo de Olivos sólo expresó que éste órgano del Mercosur “podrá” establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas,<sup>68</sup> el CMC resolvió no dotar de este efecto a las consultas emitidas.

En la discusión de la modificación del Protocolo de Brasilia, el proyecto uruguayo, respecto de las opiniones consultivas, contemplaba una serie detallada de consultas que podían ser formuladas al Tribunal Permanente, lo que suscitó un gran debate de contenido doctrinal sobre el alcance que deberían tener las consultas y su efecto, es decir, si éstas podían ser consideradas vinculantes o no, y también si debían referirse

---

<sup>65</sup> Artículo 10, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>66</sup> Artículo 10, numeral 2, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>67</sup> Artículo 11 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

<sup>68</sup> Artículo 3.º del Protocolo de Olivos.

sólo a cuestiones netamente técnicas o el Tribunal también abarcaría consultas pre-controverbiales, así como si se podrían incluir hechos específicos o si serían exclusivamente consultas de carácter general.

En el análisis siempre existió coincidencia sobre la importancia que estas *opiniones* consultivas tendrían como prevención de controversias o la corrección de errores de aplicación o interpretación normativa en procesos de integración, razón por la cual estimamos que esta institución avanzará hacia que aquéllas tengan carácter vinculante.

Entre las razones por las cuales en el Protocolo de Olivos no se introdujo ya la posibilidad de opiniones consultivas vinculantes, se adujo que previamente debía haber una mayor profundización sobre los efectos que las consultas vinculantes tendrían sobre la normativa Mercosur y sobre los Estados partes, antes de que se alcanzara una etapa más avanzada en el proceso de integración y del perfeccionamiento del órgano hacia un sistema de tipo jurisdiccional. Por las mismas razones el Consejo del Mercado Común prefirió diferir a la reglamentación la determinación de su alcance, en la que primó, como se sabe, el carácter no vinculante de las opiniones consultivas.

No compartimos este criterio, como señalamos en su oportunidad, por cuanto el derecho de la integración requiere de opiniones técnicas y jurídicas para la aplicación e interpretación armónica del derecho común, de modo tal de evitar interpretaciones disímiles y aplicaciones discordantes que generan la sensación de un derecho incierto o inseguro. Estamos convencidos, no obstante, de que la institución servirá para armonizar las soluciones y la aplicación del derecho del Mercosur.

## **15. Algunas conclusiones sobre las opiniones consultivas en el Mercosur**

1. La habilitación del procedimiento para formular opiniones consultivas al Tribunal Permanente establecido por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, al igual que el procedimiento para las cuestiones prejudiciales en el derecho comunitario europeo, es un instrumento destinado a obtener una interpretación sobre la aplicación del derecho común, de modo tal que los órganos jurisdiccionales nacionales no apliquen el derecho del Mercosur de forma diversa a cuestiones similares.

2. El diálogo entre los supremos tribunales y el Tribunal Permanente del Mercosur debe analizar los criterios respecto de las consultas que hagan referencia a la validez de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria, cuando contradicen las fuentes originarias.

3. Los supremos tribunales de los Estados partes deberán asegurar, en una primera etapa, que la formulación de las opiniones consultivas no se traduzca en un mecanismo de dilación de los procesos, para lo cual será necesario establecer pautas de admisibilidad, las que de modo alguno deben impedir o limitar las cuestiones que involucren efectivamente un interés real de interpretación.

4. No existe ningún obstáculo para que el Consejo del Mercado Común amplíe la legitimación atribuida para formular opiniones consultivas al Tribunal Permanente

de Revisión, teniendo en cuenta la competencia expresa efectuada en el Protocolo de Olivos que faculta al CMC a reglamentar el mecanismo.

5. La reglamentación de la relación entre los supremos tribunales de los Estados partes y el Tribunal Permanente de Revisión debe ser lo suficientemente flexible para facilitar la formulación de opiniones consultivas que permitan una interpretación coherente y armónica del derecho de la integración en el Mercosur.

6. Las opiniones consultivas deben versar sobre cuestiones objetivas acerca de la compatibilidad de la disposición nacional frente al derecho común establecido por los Estados partes, a fin de asegurar que este derecho, prevalente ante el derecho interno en el ámbito de la competencia atribuida, sea aplicado adecuadamente por los órganos nacionales.

7. El diálogo entre los órganos nacionales, a través de los tribunales supremos de cada Estado parte, con el Tribunal Permanente de Revisión no debe versar sobre cuestiones que impliquen exclusivamente interpretación del derecho interno o que sean competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales; deben limitarse a la cuestión concreta de aplicación del derecho del Mercosur, evitando en todo momento invadir la esfera de competencia judicial del órgano nacional.

8. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las cuestiones prejudiciales, que está sintetizada en la *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01), es un marco referencial sobre los criterios de admisibilidad.

9. Las opiniones consultivas, en la medida en que el proceso de consolidación del Mercosur avance, deben ser encaminadas a tener naturaleza vinculante, por cuanto no afectan la competencia específica de los órganos jurisdiccionales nacionales ni juzgan los hechos específicos que son sometidos al Tribunal Permanente de Revisión, el cual tiene limitada su competencia a la coherencia del derecho del Mercosur.

10. Tampoco impide los recursos de control de constitucionalidad de los Estados partes, por el principio de jerarquía, por lo que todos los recursos destinados a preservar los principios y garantías constitucionales están reservados a los supremos tribunales, a los que compete precisamente velar por la aplicación coherente del derecho y del respeto al orden de prelación constitucional previsto en la Constitución nacional de cada uno de los Estados partes.

11. La formulación de una opinión consultiva debe ser requerida cuando el órgano nacional necesita una interpretación para emitir su resolución o sentencia; la consulta debe limitarse a la cuestión vinculada al derecho del Mercosur, sin requerir pronunciamiento u opinión sobre la cuestión de fondo.

12. Si bien las opiniones consultivas serán potestativas de los órganos nacionales, dado que no existe una subordinación al Tribunal Permanente del Mercosur, es aconsejable que, ante la duda sobre la validez de una norma derivada frente a las fuentes originarias o la posible incompatibilidad de una norma interna, los órganos nacionales recurran a este procedimiento a fin de asegurar la aplicación armónica del derecho del Mercosur.

13. El Tribunal Permanente de Revisión no está obligado a responder las opiniones consultivas que le sean requeridas cuando se trate de cuestiones consideradas *ficticias o hipotéticas*; en tal caso debe limitarse a expresar la fundamentación de que ello no corresponde al ámbito de su competencia.<sup>69</sup> Los tribunales superiores de los Estados partes no deben encaminar requerimientos de opiniones consultivas respecto de cuestiones que impliquen consultas hipotéticas.

14. Las opiniones consultivas serán un extraordinario instrumento de armonización y aplicación coherente del derecho del Mercosur, que contribuirá a la consolidación del sistema de solución de controversias al dar certeza y seguridad jurídica sobre el derecho de la integración.

## Bibliografía

ALONSO GARCÍA, Ricardo y otros: *Contribución al perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Mercosur*, informe final redactado por el Comité de Redacción y Propuesta integrado por Ricardo Alonso García (España), Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), Ronald Herbert (Uruguay), Luiz Otavio Pimentel (Brasil), Roberto Ruiz Díaz-Labrano (Paraguay), Juan Antonio Cremades (España), Jeannette Irigoien-Barrenne (Chile), Manuel Lopes Porto (Portugal) y José Vidal-Beneyto (España) en la 3.<sup>a</sup> Reunión y Conferencia Plenaria de Cierre realizada en Asunción del 9 al 14 de agosto del 2004.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

— *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucionales y ordinarias frente a su primacía y eficacia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

— *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BOLDORINI, María Cristina: “Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe (Argentina): Rubinzal Culzoni, 1994.

CZAR DE ZALDUENDO, Susana: “La integración económica y la interpretación uniforme del derecho”, en *El Derecho*, n.º 168, pp. 1042.

---

<sup>69</sup> El TJCE se ha pronunciado en el asunto C-225/02 del siguiente modo: “[...] la justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio (véanse las sentencias Djabali, antes citada, apartado 19; Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins, antes citada, apartado 42, y de 25 de marzo de 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi y otros, asuntos acumulados C 480/00 a C 482/00, C 484/00, C 489/00 a C 491/00 y C 497/00 a C 499/00, Rec. p. I 0000, apartado 72)”.

- DREYZIN DE KLOR, Adriana: *El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones*, <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a5ADK.pdf>>.
- DRNAS DE CLÈMENT, Zlata: *Un análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en zonas latinoamericanas de integración: Sistema de Integración Centroamericano (SICA), Comunidad Andina (CAN) y Mercosur (MS)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), <<http://www.acader.unc.edu.ar>>.
- HOFMEISTER, Wilhelm, y Franklin TREIN (orgs.): *Anuario Brasil-Europa. Solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual*, Río de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Madrid: Trivium, 1997.
- NOODT TAQUELA, María Blanca: “Solución de controversias en el Mercosur”, en *Jurisprudencia Argentina* n.º 6052, número especial *Mercosur*.
- PALLARÉS, Beatriz, y Enrique ARAGÓN: “Problemas procesales en el ámbito del Mercosur. El acceso a la jurisdicción”, en Miguel Ángel CIURO CALDANI (coord.): *Del Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- PEROTTI, Alejandro, y Deysi VENTURA: *Primer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur*, Montevideo: Secretaría Técnica Jurídica del Mercosur, Estudio n.º 003/04, 2004.
- PEROTTI, Alejandro, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur*, 2 t., Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.
- *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*, Secretaría General de la Comunidad Andina.
- REY CARO, Ernesto: “La solución de controversias en el Mercosur”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. VII, 1996-1997, p. 295.
- *El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*, Córdoba: Marcos Lerner.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (coord.): *Perspectivas para el sistema definitivo de solución de controversias en el Mercosur*, conclusiones del Foro sobre el Protocolo de Olivos, Asunción, 6 de septiembre de 2002.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto: “El Protocolo de Olivos, nuevo sistema de solución de controversias en el Mercosur”, *Anuario Brasil-Europa*, Río de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- *Mercosur, integración y derecho*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- SECRETARÍA TÉCNICA JURÍDICA DEL MERCOSUR: *Un foco para el proceso de integración regional*, primer informe semestral de la Secretaría del Mercosur. Montevideo, 2004.

VENTURA, Deysi, y Alejandro PEROTTI: *El proceso legislativo del Mercosur*, Montevideo: Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur y Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Fundación Konrad Adenauer, 2004.