

LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL PERMANENTE DEL MERCOSUR A LA PRIMERA “CONSULTA INTERPRETATIVA” O CÓMO COMPLICAR LO SIMPLE

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *La (simple) pregunta*. IV. *La (compleja) respuesta*. V. *Valoraciones*. VI. *Colofón y expectativa*.

I. INTRODUCCIÓN

Pocas personas en América conocen tan a fondo los secretos de los modernos sistemas de solución de controversias como Rodolfo Cruz Miramontes. De allí que el tema de esta humilde contribución al eximio colega se refiera a esa temática. Entre todos los aspectos posibles a tocar, he elegido el del mecanismo de la opinión consultiva en el Mercosur, a la luz de la primera utilización del mismo ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) de dicho sistema de integración, por varias razones: a) es un tema que pone en contacto las vertientes públicas y privadas de la solución de controversias; b) es una cuestión conocida y al mismo tiempo relegada; c) se refiere a una región de nuestro continente poco estudiada en México, al menos en el ámbito jurídico, y d) —paradójicamente— afecta a unos países que tradicionalmente han tenido lazos muy estrechos con México. Todas esas razones no sólo dan muestra, a mi entender, de la importancia de la cuestión tratada, sino que sugieren que, si no el autor, al menos el tema estará a la altura de la trayectoria del homenajeado.

* Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, ex profesor de las Universidades Nacional del Litoral y de Salamanca. Consultor internacional (Unión Europea, Comunidad Andina de Naciones, BID/Mercosur).

II. ANTECEDENTES

1. Más rápido de lo que se suponía (en septiembre de 2006) y no sin causar cierta sorpresa, un juzgado de un Estado mercosureño puso en marcha el mecanismo de la “opinión consultiva” sugerido por el Protocolo de Olivos (en adelante PO) de 2002.¹ Alguien pensará que no es rápido algo que toma casi cinco años. Cabe recordar, sin embargo, que la referencia del PO al citado mecanismo se limita a un laconico “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” (artículo 3).

El Reglamento al Protocolo de Olivos (en adelante, RPO) de 2003 sí se ocupa de la cuestión, autorizando a solicitar la interpretación de normas mercosureñas,² además de a los Estados partes (actuando conjuntamente) y a los órganos con capacidad decisoria, a las cortes supremas de los Estados miembros. Pero en relación con esta última modalidad, que es la concretamente planteada en el caso, el RPO prefirió retrasar la elaboración de la reglamentación específica hasta tanto no se consultara a dichos tribunales (artículo 4.2, RPO). Con ese marco, parecía improbable que la modalidad aludida fuera a ponerse en marcha hasta que no se adoptara el nuevo texto, adopción que, efectivamente, se produjo, pero en febrero de 2007,³ es decir, cuando la pregunta ya había sido planteada y ya había llegado al Tribunal Permanente de Revisión (en adelante, TPR) del Mercosur.

2. De todos modos, con reglamentación detallada o sin ella, no parece haber mucho espacio para la duda del objeto y la finalidad de la consulta

¹ Opinión consultiva 1/2007, del 3 de abril de 2007, planteada por la jueza de primera instancia en lo civil y comercial del primer turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, magistrada María Angélica Calvo, en los autos caratulados “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, a través de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, recibida por el Tribunal Permanente de Revisión el 21 de diciembre de 2006.

² En los términos del artículo 3.1 RPO: “cualquier cuestión jurídica 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”.

³ Reglamento de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes del Mercosur (en adelante ROC), Mercosur/CMC/DEC. 02/07.

que un órgano judicial de un Estado parte dirige, a través de la máxima autoridad judicial nacional, al TPR. El objeto no puede ser otro que la interpretación de una o más disposiciones del derecho “común” mercosureño; la finalidad, evidentemente, la uniformización de la interpretación de ese derecho, lo que debería conllevar directamente certeza y seguridad jurídicas y, al menos indirectamente, una mayor eficiencia del sistema. Atentos al objeto señalado, el tribunal común debe ceñirse “a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur... siempre que se vinculen (*sic*) con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado parte solicitante”. La lógica de esta precisión es tan elemental como aplastante: los jueces, en cuanto ejercen de tales y cualquiera que sea el ámbito concreto en el cual desempeñan la función jurisdiccional, no se ocupan más que de los asuntos que se le plantean.

La terminología de “opinión consultiva” escogida en el ámbito mercosureño, más allá de que ya fuera conocida, no parece del todo satisfactoria, aunque lo es más, sin dudas, que la otra, proveniente de la experiencia comunitaria europea, de “cuestión prejudicial”. De lo que se trata, en todos los casos, es de una consulta que determinados órganos pueden o deben (en las reglas actualmente vigentes en el Mercosur no es obligatoria) someter al tribunal común para que éste se pronuncie, con carácter vinculante o no (en el Mercosur no es vinculante), acerca de la interpretación correcta del derecho del bloque. De ahí que “consulta interpretativa” o “consulta sobre la correcta interpretación” serían expresiones más ajustadas a la figura que ahora nos ocupa.

3. La lectura de la decisión del TPR puede dejar estupefactos a quienes se asomen a ella desprevenidos. No tanto por el fondo como por la forma. En efecto, se encontrarán con cuatro razonamientos (ya que dos árbitros redactaron una opinión conjunta)⁴ de contenido radicalmente diferente, presentados de modo muy heterogéneo, y con una “declaración” (resolución) constituida de una serie de “votos” independientes, dos referidos a los aspectos sustanciales del caso, tres a la reglamentación y las características de las opiniones y otros cinco, en fin, de mero procedimiento. Dos datos llaman particularmente la atención: uno es la falta de correspondencia o secuencia lógica entre los razonamientos y los votos, mientras que el otro consiste en la presencia de disidencias expresas en

⁴ Los árbitros Becerra, Fernández de Brix y Olivera García se expidieron individualmente. Los árbitros Moreno Ruffinelli y Grandino Rodas lo hicieron conjuntamente.

una decisión adoptada dentro de un mecanismo que paradójicamente tiene por finalidad, como antes señalé, la de establecer la interpretación uniforme del derecho mercosureño. Es cierto que esta posibilidad de incluir las disidencias está prevista en el artículo 9.1.c del RPO, pero una cosa es saber que estaba permitida y otra ver las disidencias en la práctica. Y la verdad es que impresiona un poco.

Más allá de los fundamentos vertidos por los árbitros, el lector hará bien si no mezcla la expresión de legítimos deseos y la mayor o menor concreción de cada uno de los razonamientos expuestos —por un lado— con la decisión específica adoptada —por otro lado—. Ésta es, por fortuna y al menos en los votos mayoritarios, más clara y concreta que algunos de esos razonamientos. Y también irá bien encaminado el lector si, pese a la impresión que le puede dar la lectura, tiene presente en todo momento que lo que se debía discutir era la interpretación de una específica normativa mercosureña, en el marco del derecho del Mercosur, y no todo el derecho del Mercosur en el contexto del derecho comunitario europeo.

III. LA (SIMPLE) PREGUNTA

4. La cuestión que preocupaba a la jueza de Asunción se refería a un contrato internacional en el que se había puesto en entredicho la jurisdicción de los tribunales paraguayos. Más concretamente, los abogados de la parte actora convencieron a la jueza de que era necesaria la opinión del TPR para saber si ella podía entender en el caso. Los antecedentes relevantes de la consulta son los siguientes: una empresa paraguaya que actuaba como distribuidora en Paraguay de una empresa argentina, demandó a esta última por responsabilidad contractual (indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante) ante un juzgado de primera instancia de Asunción. La empresa argentina opuso una excepción de incompetencia de jurisdicción basándose en los términos claros del contrato, según el cual las partes no sólo se habían sometido expresamente a los tribunales ordinarios de la ciudad de Buenos Aires y al derecho argentino, sino que —por si hiciera falta— habían acordado la aplicabilidad del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994 (en adelante, PBA).⁵ En respuesta a dicha excepción, la demandan-

⁵ Aprobado por decisión CMC 01/94, y vigente en los cuatro Estados originarios del Mercosur.

te invocó, básicamente, dos argumentos: a) la aplicación prioritaria (respecto del PBA) de la Ley paraguaya 194/93, que establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay, y que, entre otras cosas, indica la competencia de los jueces paraguayos; b) la aplicación del Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo de 1996,⁶ que excepcionaría la aplicación del PBA por tratarse, siempre según la parte actora, de un contrato de consumidores.

En otras palabras, lo que la jueza paraguaya necesitaba saber para resolver el caso que tenía entre manos era, ni más ni menos, si la sumisión expresa de las partes a los tribunales argentinos era válida o no —y, por lo tanto, si ella debía declararse incompetente para entender en la causa—, en los términos de las normas mercosureñas vigentes. Un típico caso de derecho internacional privado (en adelante, DIPr), que exigía una respuesta en este marco.

IV. LA (COMPLEJA) RESPUESTA

1. *Los pasos previos*

5. Para poder responder la pregunta iusinternacionalprivatista, la decisión del TPR tuvo que nadar en las nada plácidas aguas de la determinación del lugar que ocupan las normas del Mercosur dentro del ordenamiento de los Estados que lo forman. En realidad, el expediente no era del todo imprescindible (ya que era posible llegar a la misma solución por otra vía), pero sí era evidentemente necesario. La respuesta (por mayoría) del TPR es, en principio, clara: “Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. [Consecuentemente] el Protocolo de Buenos Aires se aplica en los países que lo han internalizado”.⁷

Lo que desde la perspectiva de determinados ordenamientos jurídicos (de dentro y de fuera de la región) puede parecer una respuesta de una

⁶ Aprobado por decisión CMC 10/96. No ha sido ratificado por ninguno de los Estados mercosureños.

⁷ Punto 2 de la decisión, voto en mayoría de los árbitros Moreno Ruffinelli, Grandino Rodas y Olivera García.

obviedad exasperante, se convierte en el marco subregional en un paso de gran trascendencia, que no debería minusvalorarse. No en vano la jureza solicitante —“avalada”, a no olvidarlo, por la máxima instancia judicial de su país— duda acerca de la prioridad de aplicación del PBA respecto de una ley nacional, a pesar de tratarse de un texto adoptado por consenso en el marco del Tratado de Asunción y en vigor en los cuatro Estados mercosureños originarios. Esa duda, elemento básico de la consulta, muestra a las claras que el tema no está (o no estaba) resuelto para todos. Dicha falta de resolución es lo que hace que la declarada prioridad de aplicación resulte positiva para la fortaleza del ordenamiento mercosureño.

6. Con todo, es evidente, como se señala en el razonamiento de uno de los árbitros,⁸ que, en lo que concierne al DIPr, todos los Estados mercosureños han establecido el principio de que siempre que exista una norma aplicable de origen convencional, la misma prevalece respecto de las normas internas que reglamentan la misma cuestión. En efecto, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, adoptada en el marco de la CIDIP II, celebrada en Montevideo en 1979 y en vigor tanto en los Estados originarios del Mercosur como en Venezuela, hace incluso innecesario el recurso a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la cual, como se sabe, codifica las reglas consuetudinarias en la materia. Si ésta consagra el lógico criterio de que no es de recibo invocar el derecho interno para incumplir las obligaciones asumidas mediante tratados internacionales, aquélla establece el principio (bien que referido especialmente a la determinación del derecho aplicable) de que las normas nacionales sólo se aplican en defecto de norma internacional aplicable.

7. No conformes con ese tan significativo paso, consistente en dar prioridad al texto internacional “internalizado”, otros razonamientos vertidos en la decisión del TPR van mucho más allá de esa importante consideración. En ellos se construye una consideración del derecho mercosureño como un auténtico derecho comunitario, en una interpretación que, si es dudosa respecto del derecho mercosureño en general, es directamente inaceptable cuando se refiere a normas contenidas en convenciones internacionales, como son los “protocolos” del Mercosur que reglamentan diversos aspectos del DIPr. A pesar de esto, algunos de los

⁸ Opinión del árbitro Olivera García.

árbitros, tentados seguramente a dictar una decisión histórica, utilizan argumentos típicos del derecho comunitario, ora europeo, ora andino, para basar su respuesta dentro de un ámbito que poco tiene que ver con él.

En la misma línea, pese a que la pregunta versaba sobre qué regla resultaba prioritaria, si la mercosureña o la nacional, y nada se preguntaba en relación con otras normas internacionales, el voto “concurrente” del punto 2 de la respuesta del TPR además de algunas consideraciones específicas sobre el orden público a las que me referiré oportunamente, se despacha en términos categóricos, señalando que “las normas del derecho del Mercosur deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados partes”. Pese a tratarse de una opinión minoritaria y, como tal, de trascendencia relativa, no está de más indicar que así expresada la frase es susceptible (en realidad lo sería si tal razonamiento obrara en el voto mayoritario, y esto sin contar con el carácter no vinculante de la respuesta) de introducir cierta confusión.

La pretensión —descaradamente contraria a la voluntad expresada por el Mercosur— de otorgar a las normas convencionales del bloque subregional un carácter “comunitario” del que carecen, no tuvo éxito. Así, la respuesta del Tribunal se refiere al ordenamiento subregional como “derecho de integración mercosureño”,⁹ confirmando lo que señalé en la introducción acerca de la necesidad de diferenciar las desiderata de algunos votos con el contenido material de dicha respuesta.

2. *La respuesta al caso en sí*

8. Si la solución dada a la cuestión “previa” o básica —la aplicabilidad prioritaria de las normas internalizadas y, en concreto, del PBA— aparece a simple vista como clara y satisfactoria, un análisis más preciso de la decisión conduce a matizar esa primera impresión. Esto es así debido a que la respuesta al asunto específico —la eficacia de la cláusula de sumisión a los tribunales argentinos— abre una válvula de impredecible amplitud e incierto control. El acuerdo parece ser total en cuanto a la aptitud y eficacia de la voluntad de las partes para determinar el juez competente, como no podía ser de otra manera, dada la evidencia empírica de

⁹ Punto 1 de la decisión, voto unánime.

que tal es la regla de base del PBA. Sin embargo, lo que viene después del reconocimiento de lo obvio puede borrar con el codo del juez nacional lo que escribieron con la mano los representantes de los Estados mercosureños.

En efecto, el TPR completa la segunda frase del mencionado punto 2 de la decisión, que comienza —recuerdo—: “el Protocolo de Buenos Aires se aplica en los países que lo han internalizado”, precisando que queda a cargo del juez nacional “la evaluación de si los acuerdos suscriptos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicable al caso en particular”. La referencia a la obtención del acuerdo “en forma abusiva” proviene de la fórmula expresa del artículo 4 del PBA; al menos en sentido formal, entonces, tiene sentido. La que se hace al orden público internacional, en cambio, corre por exclusiva cuenta del TPR, que inventa una condición adicional para la procedencia del acuerdo de elección de foro, en abierto desafío a la letra del PBA.

De este modo, la respuesta quedaría configurada así: el PBA resulta aplicable y, por lo tanto, si las partes se han sometido a determinada jurisdicción, los jueces de la misma son los competentes, quedando a salvo la facultad de los jueces de otro Estado de desconocer dicha competencia por razones de “abuso” o de “orden público internacional”.

9. La invocación del Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (PSM) es rechazada por el TPR por un “doble motivo”: a) “no estar vigente por no haber sido internalizado por ningún Estado Parte”; b) “referirse a relaciones de consumidor, excluidas expresamente del Protocolo de Buenos Aires”. La evidencia del primer motivo señalado hace innecesaria cualquier profundización del dato en sí. Pero sirve para constatar la unanimidad respecto a que la aplicación efectiva del texto en cuestión, aunque el mismo haya sido consensuado por todos los Estados miembros y plasmado en una decisión del GMC, depende de que haya sido posteriormente ratificado y que se hayan cumplido las condiciones para su entrada en vigor.¹⁰

Por su parte, el segundo motivo indicado por el TPR, aunque válido en el fondo, está mal formulado. El problema no es que la materia de

¹⁰ Otra cosa es que el TPR (o los tribunales nacionales) pueda tomar en consideración algunos de sus principios informadores, como pautas de interpretación, en casos relativos a la materia contenida en dicho texto.

consumidores esté excluida del PBA. El obstáculo a la consideración del Protocolo de Santa María pasa por el hecho de que el supuesto en cuestión no cae ni por asomo dentro del ámbito material de aplicación del mismo,¹¹ centrado en los contratos que se celebran entre consumidores y proveedores.

3. *Algunas cuestiones accesorias*

10. Los árbitros tuvieron tiempo también para enjuiciar la pertinencia y aplicabilidad de la normativa que reglamenta el funcionamiento de las opiniones consultivas. De los problemas planteados en torno a esta cuestión cabe destacar tres: la aplicación del ROC, que entró en vigor una vez que ya se había planteado la pregunta al TPR; la falta de obligatoriedad de la opinión brindada por el TPR, según la establece el artículo 11 del RPO; y quién debe cargar con los gastos causados por el proceso. Sobre lo primero, la mayoría del tribunal opina, acertadamente, que el ROC resulta inmediatamente aplicable, en cuanto cuerpo de reglas que no hacen otra cosa que establecer el procedimiento para la sustanciación de las preguntas y sus correlativas respuestas.¹²

11. En cuanto al carácter no vinculante, el TPR parece expresar el deseo unánime de que esa situación se modifique al deslizar redundantemente en el primer voto que “las opiniones consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales consultivas, *a la fecha aun* no vinculantes”.¹³

12. Sobre los gastos del proceso, se decidió por mayoría (con la oposición de los dos miembros paraguayos del Tribunal)¹⁴ acatar la normativa vigente, que establece que los dichos gastos son a cargo del Estado al que

¹¹ Según el árbitro Olivera García el contrato en cuestión no puede ni remotamente calificarse de “relación de consumo”.

¹² Véase sobre el particular el fundado razonamiento del árbitro Olivera García: “el principio universalmente admitido de la aplicación inmediata de las normas procesales no puede confundirse con el fenómeno de la retroactividad, con el que precisamente se opone”. Radicalmente en contra, el razonamiento del árbitro Fernández de Brix.

¹³ La cursiva corre por mi cuenta.

¹⁴ Véase las disidencias de los árbitros Fernández de Brix y Moreno Ruffinelli en los puntos 4.1 y 4.2, respectivamente, de la decisión. El primero se pronuncia por la inaplicabilidad de varios preceptos del ROC “por su manifiesta inconformidad con el derecho del Mercosur originario”.

pertenece el tribunal solicitante.¹⁵ Tal división de pareceres no es óbice para que todos al unísono se manifiesten en los siguientes términos:

Sin perjuicio del voto de los miembros de este Tribunal, el mismo entiende por unanimidad que es necesario recomendar al Consejo de Mercado Común la revisión de las Resoluciones N° 02/07 del CMC y N° 02/07 del GMC,¹⁶ en cuanto al pago de los honorarios, en razón de que la opinión consultiva no afecta a un solo país, siendo un mecanismo de cooperación judicial que enriquece el proceso de integración. La opinión consultiva construye el derecho de integración, por lo tanto todos los países son beneficiarios del mismo, y en consecuencia éstos deben soportar los gastos y honorarios correspondientes.¹⁷

Dicho de otro modo, aunque la mayoría aceptó que de *lege lata* el pago de los gastos por Paraguay es inevitable, todos acordaron exhortar al CMC —es decir, a las máximas autoridades de los Estados— la modificación de la normativa vigente, a fin de que todos los Estados costeen cada una de las preguntas interpretativas.

V. VALORACIONES

1. *Sobre el tema de DIPr (sustancia del caso)*

13. Tal vez el dato más trascendente de todo el asunto es la clarísima aceptación de la autonomía de la voluntad, consagrada en el ámbito sub-regional por el PBA y confirmada por los acuerdos de arbitraje de 1998, como principio básico del derecho contractual mercosureño.¹⁸ Es sabido

¹⁵ Artículo 11 del ROC: “Los gastos derivados de la emisión de opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia tales como los honorarios, los gastos de traslado, viáticos de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión y los demás gastos que puedan derivar de su tramitación, serán costeados por los Estados Partes [el Estado parte] al cual pertenezca el Tribunal Superior de Justicia solicitante”.

¹⁶ Debería decir: “Decisión N° 02/07 del CMC y Resolución N° 02/07 del GMC”. Además, consecuentemente, la recomendación debería dirigirse al Consejo y al Grupo, y no exclusivamente al primero.

¹⁷ Punto 5 de la decisión.

¹⁸ Véase Fernández Arroyo, D. P., “International Contract Rules in Mercosur: End of an Era or Trojan Horse?”, *International Conflicts of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2001,

que el tema ha sido conflictivo en la región, y que la desconfianza respecto a la autonomía de la voluntad de los contratantes para designar el juez competente y la ley aplicable se ha manifestado históricamente de diferentes maneras, tanto en ámbitos legislativos como académicos y judiciales, a lo largo de todo el desarrollo del DIPr de nuestros países. Entre los Estados del Mercosur, en particular, puede afirmarse que el único país en el que la autonomía de la voluntad en la contratación internacional ha adquirido cabalmente carta de ciudadanía es Argentina, si bien es la tendencia manifiesta en todos los demás.¹⁹ Pero en el ámbito mercosureño general, la consagración del principio es un hecho consumado, “plenamente vigente como regla en los cuatro países del Mercosur en lo que respecta a la prórroga de jurisdicción, erigiéndose como un pilar de suma trascendencia del espíritu integracionista”.²⁰

La evidencia de dicha consagración constituye la razón para que en la decisión objeto de este comentario ninguno de los árbitros ose poner en duda el poder de la voluntad de las partes para determinar la jurisdicción en los contratos que caen dentro del ámbito material del PBA. Precisamente, las excepciones contenidas en el artículo 2 del PBA contemplan las materias en las cuales, por diferentes razones, la procedencia de la autonomía de la voluntad es dudosa o debe descartarse. La lista es ya lo suficientemente amplia como para agregarle materias no previstas por los redactores del Protocolo, sin correr el riesgo de desnaturalizar totalmente el texto o vaciarlo de sentido. Incluso en una lista mucho más larga, la del artículo 2 de la Convención de La Haya de 2005 sobre Acuerdos

pp. 157-173; Kronke, H., “The Scope of Party Autonomy in Recent Unidroit Instruments and the Conflict of Laws in the Mercosur and the European Union”, *Liber Amicorum Opertti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 301 y 302.

¹⁹ Véase Fernández Arroyo, D. P., “What’s New in Latin-American Private International Law?”, *Yearbook of Private International Law* (Suiza), vol. VII, 2005, pp. 110-112. Véase también, Gama, L. jr., “Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9 da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável”, *Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 609 y 610; Jacques, D. C., “A adoção do princípio da autonomia da vontade na contratação internacional pelos países do Mercosul”, *Estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 277-306; Talice, J., “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el derecho internacional privado uruguayo”, *Liber Amicorum Opertti Badán*, Montevideo, FUC, 2005, pp. 527-562.

²⁰ Así se señala expresamente en el razonamiento de los árbitros Moreno Ruffinelli y Grandino Rodas.

Exclusivos de Elección de Foro,²¹ a nadie se le ha ocurrido agregar los contratos del tipo de los aquí tratados. En cualquier caso, no puede existir duda alguna acerca de que no estamos en presencia de un contrato o de una relación de consumo,²² lo que si bien no daría cabida a la aplicación del PSM (no aplicable, como bien decidió el TPR), sí serviría para excluir la aplicación del PBA.

14. El PBA no exige, en el supuesto planteado, ningún tipo de conexión particular entre la jurisdicción elegida y el caso, aunque algunos de los razonamientos de los árbitros parecen caer en ese error. El artículo 1.b del PBA, al definir el ámbito de aplicación de éste, sólo se refiere a la “conexión razonable” para los casos en los que una sola de las partes tiene su sede en un Estado del Mercosur, lo cual, evidentemente, no es el caso.²³ De todos modos, en este caso se trata de una cuestión baladí, puesto que siendo la

²¹ Dicha lista excluye del ámbito de aplicación nada menos que dieciocho materias. Si bien la explicación de tal longitud podría recabarse en el hecho de que el ámbito material no aparece circunscrito en el título —como es el caso del PBA, que se refiere exclusivamente a cuestiones contractuales— y en la posibilidad de que cualquier Estado del mundo se incorpore a dicho texto —que no es el caso del PBA al que pueden incorporarse exclusivamente los Estados socios—, no debe ignorarse que el afán por aprobar la Convención llevó a aceptar una norma exigida por algunos países —aparentemente preocupados por los temas de propiedad intelectual—, según la cual todo Estado parte puede hacer una declaración expresando que no aplicará la Convención a una materia sobre la que tenga “un interés importante” (artículo 21). Claro que de producirse una declaración de ese tipo, al menos existiría la seguridad de que para la materia objeto de la declaración los acuerdos de elección no son válidos; es decir, la exclusión obraría antes (y sería visible para las partes) y no después de planteada la controversia. Sobre la Convención de La Haya de 2005, véase Hartley, T. C., “The Hague Choice-of-Court Convention”, *ELR*, vol. 31, 2006, pp. 414 y ss.; Bucher, A., “La Convention de La Haye sur les accords d’élection de for”, *RSDIE*, núm. 1, 2006, pp. 33 y ss.; Celis Aguilar, M. M., “Convención sobre los Acuerdos de Elección de Foro”, *DeCITA*, núm. 5/6, 2006, pp. 613 y ss.

²² La definición de relación de consumo que trae el propio anexo al PSM no admite otra consideración: “es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio, y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. Equipárase a ésta la provisión de productos y la prestación de servicios a título gratuito, cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo”. En opinión de los árbitros Moreno Ruffinelli y Grandino Rodas, el PSM “ha sido invocado por error”.

²³ Véase Noodt Taquela, M. B., “Los acuerdos de elección de foro en el Mercosur”, *JA*, 1996- II, pp. 738-747. Véase, sin embargo, el razonamiento del árbitro Becerra, donde se dice: “interpreto que correspondería la elección de los tribunales de la República Argentina realizada en el contrato, la que es válida en tanto... dicha jurisdicción tiene vínculos de razonabilidad con el conflicto planteado (artículo 1)”.

jurisdicción pactada la de la sede de una de las partes, la conexión entre dicha jurisdicción y el negocio jurídico es incontestable.

Otra cosa bien diferente es la exigencia de que cualquier foro de competencia se justifique por su carácter razonable, razonabilidad que viene dada por la proximidad entre la relación jurídica y la jurisdicción designada para entender en ella. Se trata de una exigencia que opera en primer lugar sobre el legislador (nacional o internacional) a la hora de diseñar los foros competentes. En el caso del PBA, debe entenderse que para el “legislador” (léase: los representantes de los Estados partes) la elección de los jueces de un Estado parte es de por sí razonable, tan razonable como los tres criterios de competencia previstos en el artículo 7 para el supuesto en el que las partes no hayan ejercido la facultad de elegir el foro.²⁴ Para el PBA es totalmente razonable que las partes se sometan a los jueces de cualquiera de los países del Mercosur, los que están vinculados con el caso y los que no. Tal disposición no sólo permite de este modo la actuación de una jurisdicción neutral (en el sentido de que no es la “propia” de ninguna de las partes), sino que además emite el mensaje sumamente integrador de que las jurisdicciones mercosureñas son —digámoslo así— intercambiables.

15. Ante la contundencia de la regla establecida, el TPR utilizó otra vía para permitir a los jueces de un Estado el desconocimiento de los efectos de la sumisión expresa acordada por las partes: la determinación de que ella fue obtenida en “forma abusiva” o que afecta “el orden público internacional”. Como antes expresé,²⁵ dado que la exigencia de que el acuerdo no se haya obtenido “en forma abusiva” aparece en el texto del artículo 4 del PBA, la referencia a la misma tiene —al menos formalmente— todo el sentido. No puede decirse lo mismo, en cambio, de la referencia al orden público, la cual es introducida por el TPR.

²⁴ A eso y no a otra cosa se refiere acertadamente Feuillade M. (*Competencia internacional civil y comercial*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, p. 137), si bien la cita de este autor por el árbitro Fernández de Brix parece hecha para sostener su argumento (del árbitro) de que “un ejemplo típico de cómo evidenciar la obtención abusiva de una elección contractual de foro o derecho aplicable, al menos si la elección es de foro judicial, es la elección de un foro aplicable sin una conexión razonable con el contrato y las partes involucradas”. Se trata, a todas luces, de una afirmación errada, al menos en el marco del PBA, el cual admite claramente que en un caso como el planteado las partes se sometan a la jurisdicción brasilera o uruguaya, sin ninguna vinculación con el caso.

²⁵ Véase párrafo 8.

Que afirme que la primera referencia tiene sentido no quiere decir que concuerde con el modo de tratar la cuestión por parte del Tribunal. En primer lugar, procede afirmar que, pese a su apariencia inobjetable (no hay libre acuerdo de voluntades cuando una parte abusa de la otra), se trata de una fórmula ambigua y, como tal, potencialmente contraproducente. No es casual que en todos los textos internacionales en los que se ha introducido haya sido la delegación del Uruguay —en cuanto país tradicionalmente opuesto a la autonomía de las partes—²⁶ quien la haya propuesto. Parece, por tanto, algo así como una aceptación condicionada, como un “sí, pero”, como una salvaguarda contra los peligros que encerraría la autonomía de la voluntad. Por tal razón, estimo que el TPR debería haber señalado —en relación con el caso concreto— las pautas que configuran una “forma abusiva” de obtener la prórroga de jurisdicción, en lugar de resguardarse en que eso compete al juez nacional. La expresión “en forma abusiva” está contenida en el texto del PBA, y es la calificación que se haga de ella lo que puede dejar sin efecto la regla de base del Protocolo. Luego, es materia propia de interpretación del TPR, como lo reconocen por unanimidad los árbitros en el punto 1 de la decisión, al decir: “le cabe al TPR interpretar el derecho de integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación así como la interpretación y aplicación del derecho nacional, exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes”.

Es verdad que los hechos concretos que puedan configurar o no la existencia de tal abuso son resorte exclusivo del juez nacional, pero existiendo una pregunta expresa sobre el tema, el TPR no debería haber esquivado su responsabilidad de pronunciarse sobre qué se puede entender por “forma abusiva” en un contrato de distribución. En particular, hubiera sido primordial que el TPR indicara si el diferente tamaño o poder económico de las empresas o el hecho de ser una empresa fabricante y la

²⁶ Para el alcance de tal afirmación es obligada la cita de Fresnedo de Aguirre, C., “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, *Curso de derecho internacional CJI —2004—*, pp. 323-390, donde reproduce y amplía los argumentos expuestos en su conocida tesis de mismo título (Montevideo, FCU, 1991). No puede desconocerse, sin embargo, que la presencia de la autonomía de la voluntad en diversos instrumentos internacionales ratificados por este país, en el Proyecto de Ley de DIPr elaborado en 2004 y en las “Bases para una convención interamericana sobre jurisdicción internacional” presentadas el mismo año por Uruguay en la OEA, muestra sin ambages un cambio de actitud al respecto.

otra distribuidora, definen por sí mismos un abuso, o si, por el contrario, para configurar dicha figura es necesario probar la existencia de dolo, error o violencia para alcanzar el acuerdo. Con esas precisiones, el juez nacional podría, entonces sí, evaluar si los hechos concretos le permiten denegar efectos a la cláusula de sumisión.

16. La referencia al orden público no debe confundirse con lo anterior. Sobre todo, insisto, porque, a diferencia de la “forma abusiva”, el orden público no aparece por ningún lado en el texto del PBA.²⁷ Es más, creo no exagerar si digo que la única explicación de la referencia al orden público en este contexto es el convencimiento de que la otra condición no queda en entredicho. Pero más allá de eso, en el ámbito de la jurisdicción internacional en materia de derecho privado, el orden público sólo puede llenar una función (importantísima) para salvaguardar la tutela judicial efectiva y los derechos de defensa. Es decir, los derechos fundamentales procesales para actor y demandado. Nadie que haya firmado un contrato internacional incluyendo una cláusula de sumisión a los tribunales de otro país, cuando tal sumisión esté recogida en las normas en vigor, puede afirmar que eso viola sus derechos fundamentales, a menos que pruebe que ha existido algún vicio del consentimiento en la firma de ese contrato o en la inclusión de dicha cláusula de sumisión expresa.

Es conocido que el tema había planteado ya ciertas controversias en la jurisprudencia paraguaya, en particular por lo que se refiere a la “pugna” entre la designación de un juez extranjero y la pretendida aplicación im-

²⁷ Llama poderosamente la atención que en el razonamiento del árbitro Becerra se incluya la siguiente frase: “sin embargo concuerdo en la reserva de orden público que el propio PBA contiene en su artículo 5o. y que constituye una valla a la actuación del derecho extranjero, como también que las normas de derecho comercial nacional e internacional son por regla generales de orden público relativo dado que generalmente no existe un interés social comprometido”. Sobre la referencia al artículo 5, es posible que exista una confusión con el artículo 5 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado citada en el razonamiento del árbitro Olivera García. No se me ocurre otra explicación, ya que lo dicho nada (pero nada de verdad) tiene que ver con el artículo 5 del PBA. También en el voto del árbitro Fernández de Brix relaciona dicha norma con el orden público. Pero ¿cómo puede referirse a cuestiones de orden público una norma que termina diciendo “en todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo”? En lo que respecta al supuesto principio de orden público relativo (que se reproduce en el punto 2.1 *in fine* —voto “concurrente” de los árbitros Becerra y Fernández de Brix—), tendría que tener más elementos para opinar ya que a priori se me ocurren muchas materias comerciales que afectan, directa o indirectamente, intereses sociales. De todos modos se trata de una afirmación irrelevante para la decisión del caso.

perativa de la mencionada Ley 194 de 1993, reguladora de la agencia, la distribución y la representación. La parte actora invocó en este sentido unas decisiones de la Corte Suprema en otros casos que avalarían en abstracto la aplicabilidad de dicha normativa interna pese a la prórroga a favor de tribunales extranjeros.²⁸ No obstante, la propia jueza remitente menciona que al anular unas medidas cautelares adoptadas por un juez de primera instancia contra la demandada argentina, un tribunal de apelaciones de Asunción, no en otro sino en este mismo caso, se pronunció claramente por la primacía concreta del PBA sobre la Ley 194, en fecha posterior a ambas decisiones de la Corte Suprema.²⁹

Pero aunque entre unas decisiones que no se refieren a nuestro caso y otra posterior que sí, la elección es bastante clara, vale abstenerse de esas consideraciones de orden interno que en nada deben condicionar el pronunciamiento del TPR acerca de la interpretación de normas mercosureñas como las del PBA. Por mi parte, concuerdo palabra por palabra con el clarísimo planteamiento contenido en la decisión del TPR,³⁰ que expresa:

En el juego normal del derecho internacional privado la internacionalidad de los casos en un presupuesto. La hipótesis de tener que litigar en el extranjero forma parte de ese juego normal. La admisión de la autonomía de la voluntad para determinar el juez competente, que es una tendencia ampliamente generalizada a nivel mundial tiene, entre otras virtudes, la de “avisar” a los contratantes de la existencia de la posibilidad de tener que litigar en el extranjero. Aceptar la cláusula y después intentar desconocerla es, en principio, un claro acto de mala fe. En particular, entre países limítrofes que participan de un proceso de integración, no hay ningún elemento que autorice a descartar lo que las partes han pactado libremente para sustituirlo por la voluntad unilateral de una de ellas.

Y es que allí radica el meollo de la cuestión. Si en el marco internacional general invocar una norma nacional para desconocer un acuerdo vo-

²⁸ Véase Corte Suprema de Justicia de Paraguay, acuerdo y sentencia 285 del 25 de mayo de 2006, en “Acción de inconstitucionalidad en el juicio *Gunder ICESA c/ KIA Motors Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios*”; acuerdo y sentencia 827 (Sala Constitucional), del 12 de noviembre de 2001, en “*Electra Amabay SRL c/ Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas*”.

²⁹ Véase Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Circunscripción Judicial de Asunción el A.I. 408, del 9 de junio de 2006.

³⁰ Opinión de los árbitros Moreno Ruffinelli y Grandino Rodas.

luntariamente pactado con una contraparte es de por sí una actitud discutible, en el concreto marco de integración y frente a la existencia de unas normas que “no son dudosas ni condicionales”³¹ resulta totalmente inaceptable.³² En honor a la verdad, no hay mayor dificultad en tener que litigar en Buenos Aires para una empresa de Asunción que la que puede sufrir una empresa de la provincia argentina de Formosa.

17. El hecho de que todas o algunas de las normas de la Ley nacional invocada puedan considerarse “de orden público internacional”, en el sentido de “normas imperativas de DIPr” no alcanza en ningún caso para impedir la sumisión a los tribunales extranjeros permitida por el texto mercosureño. De existir, la imperatividad de dichas normas sólo impediría la aplicación de un derecho extranjero o la producción de efectos de una decisión extranjera que sean manifiestamente incompatibles con aquéllas. Suponer que la existencia de una norma imperativa de DIPr en el ordenamiento de un Estado exige la jurisdicción exclusiva de los tribunales de ese Estado³³ implica tergiversar el funcionamiento normal de las normas de jurisdicción, funcionamiento que no es viable si debe convivir con normas de jurisdicción exclusivas ocultas que cualquier juez puede hacer surgir por arte de magia persuadido por un abogado hábil. Es perfectamente comprensible que en un país se quiera proteger a las empresas locales. Ahora bien, en ningún caso deberíamos caer en la suposición de que sólo los jueces y tribunales de determinado país (en este caso son los paraguayos, pero hay muchos ejemplos por todos lados) son los que pueden solucionar el caso con justicia.

18. Tampoco cabía caer en la trampa del abogado de la parte actora quien también argumentó que la empresa argentina se había sometido tácitamente al responder con una contracautela a la solicitud de medidas

³¹ *Idem.*

³² La referencia a la “injusticia manifiesta” y al acuerdo “manifiestamente contrario al orden público” en el artículo 6 de la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro sólo cobra sentido en el hecho de que cualquier Estado del mundo puede incorporarse a la misma, según lo dispuesto en su artículo 27. Da la impresión que los Estados que han participado en la redacción de la Convención abren de este modo el paraguas para no mojarse con eventuales sometimientos a jurisdicciones impredecibles. Pero siempre en el sentido que antes manifesté (principio del párrafo 16) de garantizar la tutela judicial efectiva y la defensa en juicio.

³³ Véase la opinión aparentemente imaginativa de L. Radicati de Brozolo, “Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d’application semi-nécessaire?”, *Rev. Crit. Dip.*, 2003, pp. 1 y ss.

cautelares antes referida.³⁴ Tal pretensión no sólo quedó desechada por la propia jueza remitente al precisar que tal actividad procesal de la parte argentina se había producido antes de la interposición de la demanda principal, sino por el hecho de que los procedimientos sobre medidas cautelares son autónomos, y aunque estén relacionados evidentemente con la cuestión de fondo dicha relación no lleva al condicionamiento recíproco de los procesos. Lo que se haya aceptado o no en el procedimiento de medidas cautelares no afecta al proceso de fondo y mucho menos a la cuestión de la jurisdicción. Además, el artículo 6 del PBA dice claramente que la sumisión tácita debe ser “positiva y no ficta”.

2. *Sobre el ordenamiento mercosureño*

19. Una vez hechas estas breves apreciaciones sobre el núcleo del caso planteado, es inevitable hacer alguna referencia al tema de la jerarquía del derecho mercosureño respecto de las reglas internas, que tanto espacio ha ocupado en la decisión del Tribunal. A riesgo de pecar de lacónico, me limitaré a hacer y explicar una afirmación y a rescatar un párrafo de la respuesta del TPR que considero de gran pertinencia.

20. En mi modesto entender, la desprolijidad de la decisión se debe principalmente a lo que podríamos denominar la obsesión europea. Desde el inicio mismo del Mercosur hemos estado buscando nuestra imagen en ese espejo de parque de diversiones que es, desde la perspectiva mercosureña, la integración europea. No es raro encontrar —y la presente decisión del TPR no es una excepción— planteamientos que pretenden convertir las particularidades comunitarias europeas en reglas de validez universal. Entre centenas de ejemplos, repárese en nociones tales como “aplicación inmediata”, “efecto directo”, “primacía”, etcétera, respecto de las cuales se pretende que las definiciones de las mismas que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido perfilando con esmero y no sin dificultades ni críticas, en un contexto institucional y normativo (entre muchas otras cosas) muy concreto que poco tiene que ver con el de nuestra subregión, deba asumirse aquí sin matices, a pesar del repetido rechazo que han hecho de ese modelo las autoridades del Mercosur.

Cuando utilizo la palabra “rechazo” no invento nada. Cada vez que las máximas autoridades de los Estados han debatido sobre el perfil y la fun-

³⁴ Véase nota 29 y texto al que acompaña.

ción de instituciones, mecanismos y reglas, han tenido sobre la mesa los ejemplos europeos, y nunca ha existido el consenso necesario para adoptarlos. Desde la misma celebración del Tratado de Asunción hasta el ROC, pasando por el POP, los varios “relanzamientos” del Mercosur, el PO, el RPO y la constitución del Parlamento, es de una implacable obviedad que siempre se han elegido otras vías. ¿Por qué entonces los árbitros tendrían que basar sus argumentos sobre la primacía del derecho mercosureño en sentencias del Tribunal de Justicia europeo? No se trata de un discurso inmovilista; ni siquiera de una declaración positivista.³⁵ Se trata, simplemente, del convencimiento democrático de que unas personas a las cuales (a mi juicio, erradamente) ni siquiera se les ha querido reconocer el estatus de magistrados judiciales no pueden imponer criterios repetidamente descartados por las máximas autoridades de los Estados que componen el Mercosur.

Dicho lo anterior, confieso que mi opinión personal, como la de muchas personas que conozco, va hacia una mayor institucionalización del Mercosur y un mayor nivel de compromiso en el cumplimiento de la normativa del bloque, horizonte que probablemente se alcance antes de lo que muchos prevén. Pero esas opiniones, mal que nos pese, no pueden prevalecer sobre la voluntad inequívoca de unas autoridades que, pudiendo reproducir aquí normas e instituciones del modelo europeo (como se ha hecho en la CAN, por ejemplo), han preferido, para bien y/o para mal, un modelo *sui géneris*, ecléctico, basado en un desarrollo gradual y controlado.

21. Lo que se dice del modelo también es válido para las normas. Por mucho que extrañe a observadores europeos y europeizados, las normas del Mercosur se siguen adoptando por consenso (esto es, con el concurso de la voluntad activa o pasiva de todos los Estados partes), según un procedimiento intergubernamental. Para algunas normas concretas (como las relativas a las cuestiones de mero funcionamiento institucional y a la aplicación de normas aduaneras) los órganos del Mercosur disponen que no es necesario proceder a su incorporación. En todos los demás casos, la internalización se impone. En particular, respecto de los instrumentos que contienen normas de DIPr, dado que las autoridades del bloque han decidido invariablemente utilizar la vía convencional (“protocolos” al

³⁵ Como se demuestra en mi opinión de que la respuesta del TPR se ha quedado corta en relación con la caracterización de lo que debe considerarse como “forma abusiva”.

Tratado de Asunción), dicho mecanismo es el que en cada Estado se utiliza para la incorporación de los tratados internacionales. Dicho de otro modo: las normas de DIPr del Mercosur no son en modo alguno derecho comunitario.

Otra cosa muy distinta —y que, por lo tanto, no debe en ningún caso confundirse— es que en la interpretación de esas normas haya que tener en cuenta que ellas se han adoptado en un contexto de integración, para coadyuvar a los objetivos de la misma. En este sentido, en el razonamiento de los árbitros Moreno Ruffinelli y Grandino Rodas se expresa acertadamente que:

Los Protocolos de derecho internacional privado son convenciones internacionales, pero convenciones muy particulares al estar contenidas en Decisiones del Mercosur —que tienen carácter obligatorio según el Protocolo de Ouro Preto—³⁶ y haber sido adoptadas en el marco de un proceso de integración. Estos datos son fundamentales a la hora de fijar la interpretación de sus normas. Es verdad que hay que seguir el proceso de incorporación previsto en cada Estado —dado que aún no existe una instancia supranacional legisferante de la que pudieran derivar normas como éstas destinadas a su aplicación directa en los países miembros—, pero una vez en vigor esas convenciones deben interpretarse y aplicarse en función de las finalidades del Mercosur.

Y ¿cómo se aplica este postulado al caso concreto que nos ocupa? Pues, sin dudas, descartando cualquier tipo de excepción al precepto del artículo 4 del PBA, que ordena el respeto a la libre elección del juez por las partes. En un tratado cualquiera, una norma convencional como ésta tiene como función principal la de garantizar el respeto a los compromisos entre los particulares y la buena fe; en un tratado que se inscribe en un proceso de integración, además, debe entenderse que dicha norma coadyuva a los objetivos comunes. Los tratados internacionales “ordinarios”, aunque esta-

³⁶ Tal vez sea este el elemento que provoca cierta confusión. Pero a nadie se le escapa que la canalización de los protocolos mediante decisiones del CMC no ha cambiado en los hechos la naturaleza de las convenciones, en lo que se refiere al proceso de incorporación de éstas a los ordenamientos nacionales, que puede durar muchos años. Debe reconocerse, no obstante, que existe una contradicción de fondo entre el uso (engañoso) de la vía de la decisión (obligatoria) y el mantenimiento del mecanismo tradicional de ratificación de los tratados, en el cual el papel de las normas y la voluntad de los poderes nacionales juegan un rol decisivo.

blezcan finalidad “internacional” y exhorten a los Estados partes a preservar la “uniformidad” de la interpretación, son interpretados y aplicados nacionalmente. En los tratados adoptados en un marco de integración, la interpretación “común” debe siempre prevalecer sobre la local.

3. *Sobre las consultas interpretativas*

22. Ya que tanto subyuga el accionar de los órganos judiciales³⁷ de otros sistemas de integración en su actuación como intérpretes del derecho común en causas que se están sustanciando ante jueces o tribunales nacionales, sería bueno tomar nota de que una característica común en los dos que se repiten varias veces en la opinión consultiva 1/2007,³⁸ es la de ceñirse estrictamente a la cuestión o cuestiones que suscitan el recurso al tribunal regional. Idéntica actitud ha evidenciado la Corte Centroamericana de Justicia en las dos “consultas interpretativas” en las que hasta ahora le ha tocado pronunciarse.³⁹

23. Aunque resulta evidente que el cauce para impugnar una decisión del CMC —en concreto, la que aprueba el ROC— y una resolución del GMC —la que autoriza a Paraguay a disponer de los fondos para sufragar los gastos ocasionados en esta ocasión— no es en ningún caso la respuesta a la consulta interpretativa, la opinión unánime de los árbitros acerca de la necesidad de revisar dicha decisión es en sí misma compartible. En particular, es muy difícil no estar de acuerdo con la escasa razonabilidad de la regla que carga los gastos de las actuaciones en la cuenta del Estado del que proviene la solicitud. Ya el filtro de la intervención obligatoria de la respectiva corte suprema es suficientemente espeso como para además desalentar artificialmente el planteamiento de preguntas que pueden ser muy pertinentes.

³⁷ Aunque la distinción reconoce aristas problemáticas, es sintomático que en los órganos que se toman como ejemplo se utilicen las palabras “justicia”, “juez”, “magistrado”, etcétera, términos descartados expresamente en el marco mercosureño.

³⁸ Me refiero a los tribunales de justicia de la UE y de la CAN.

³⁹ CCJ, resolución 73, Consulta prejudicial de la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del centro de la ciudad de San Salvador, República de El Salvador; efecto que se declare la existencia de actos de competencia desleal y cese de los mismos, expte. 5-28-9-2005, del 19 de junio de 2006, GO de la CCJ 20; CCJ, resolución 76, opinión consultiva del PARLACEN sobre el procedimiento que se debe seguir a fin de la incorporación del Estado de República Dominicana como miembro pleno de la Corte Centroamericana de Justicia, expte. 3-12-9-2006, del 10 de noviembre de 2006.

24. Los árbitros cargan las tintas, asimismo, sobre el carácter no vinculante de la opinión consultiva. Es verdad que introducir un mecanismo para recabar la opinión de la instancia regional acerca de la interpretación de una cuestión jurídica controvertida y no comprometerse a aceptarla parece un contrasentido. Pero en la misma línea de lo que antes ha sido planteado, es hasta ahí y no más allá donde ha llegado el difícil consenso entre los Estados partes.

Si las autoridades estiman pertinente proceder a la reforma del mecanismo de la consulta interpretativa, algo que debería eliminarse, con reforma del ROC o sin ella, es la inclusión de disidencias prevista en el artículo 9.1.c del RPO. Todos los que han estudiado derecho saben que toda norma es potencialmente susceptible de interpretaciones divergentes. Pero es precisamente por esa razón que se establece el mecanismo. Si la respuesta nos brinda toda una serie de interpretaciones posibles —aun cuando se nos diga que algunas tienen más apoyo que otras— la finalidad del mecanismo queda profundamente desvirtuada.

VI. COLOFÓN Y EXPECTATIVA

25. La respuesta del TPR a la primera consulta interpretativa ha resultado parcial en el fondo y confusa en las formas. Si de un lado no ha alcanzado a brindar una respuesta cabal para solucionar el problema planteado —la procedencia de la sumisión a los tribunales de un Estado parte en los términos del PBA—, de otro lado se ha ido por los cerros de Úbeda (al menos en los razonamientos de algunos de los árbitros). Pero no debe olvidarse que se trata del primer pronunciamiento, y que los miembros del TPR —los actuales o quienes los sustituyan— han debutado en un mecanismo cuyo manejo no es sencillo. Además, que tenga imperfecciones no quiere decir que el pronunciamiento del TPR no aporte nada. Antes al contrario, pese a su aparente simpleza, las afirmaciones de que el PBA se aplica porque está vigente y que el PSM no se aplica por lo contrario constituyen, en el contexto en el que se esgrimen, grandes pasos adelante cuya trascendencia no debe desdeñarse. Por otro lado, varios de los razonamientos están repletos de afirmaciones jurídicamente ajustadas y de puro sentido común.

Ha sido acaso por tratarse de la primera consulta de este tipo que algunas opiniones parecen emular a la primera película de ciertos directores

de cine que aprovechan su *opera prima* para, dentro o fuera del hilo argumental, contar su biografía, rendir homenaje a los maestros y dejar alguna impronta simbólica; acaso pensando que puede también ser la última. En el caso de la opinión consultiva, si algo podría conducir a que la primera fuera la única son las manifestaciones de afán legislador de quienes no están llamados a cumplir tal rol.

Con todo, abrigo la esperanza de que no sea así, de que nadie se asuste tanto como para no insistir con un mecanismo que guarda en sí el germen para un mejor derecho del bloque. Las reformas del RPO y del ROC y, sobre todo, el debate sobre las características de las respuestas del TPR pueden ayudar mucho en este sentido. Dicho debate, al que pretendo humildemente contribuir con estas líneas, debería promoverse en todos los ámbitos mercosureños y nacionales, incluyendo a los judiciales. Al fin de cuentas, hay muchas cosas lindas en la vida que la primera vez que se ponen en práctica no suelen ser del todo satisfactorias sin que a nadie en su sano juicio se le ocurra dejar de insistir en búsqueda de mejores resultados.