

# **LA NATURALEZA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA UNIÓN EUROPEA**

**Por María del Pilar García Martínez, María de la Paz Herrera  
y Sabrina Victoria Olivera**

## **RESUMEN**

Este trabajo trata de establecer puntos de contacto y diferencias entre las opiniones consultivas previstas en la normativa del Mercosur y las cuestiones prejudiciales según su regulación por el derecho comunitario europeo. A esos fines hacemos una exposición sobre la naturaleza y mecanismos de funcionamiento de ambos institutos, para luego analizarlas comparativamente, recurriendo en ambos casos a las normas regulatorias, la doctrina y la jurisprudencia vinculada a la temática. Como conclusión, establecemos que la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas tal como existen en la normativa mercosureña es distinta a la de las cuestiones prejudiciales de la Unión Europea pues difieren en cuanto a su efecto vinculante y obligatoriedad para los jueces que las hayan pedido. Sin embargo, ambas encuentran similitud en cuanto a sus objetivos: asegurar la unidad del derecho y la uniformidad en cuanto a su interpretación y aplicación.

## **PALABRAS CLAVE**

Opinión consultiva, cuestión prejudicial, Mercosur, Unión Europea.

# **THE NATURE OF ADVISORY OPINIONS IN MERCOSUR. COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE EUROPEAN UNION**

**By María del Pilar García Martínez, María de la Paz Herrera  
y Sabrina Victoria Olivera**

## **ABSTRACT**

This paper attempts to establish similarities and differences between advisory opinions under the Mercosur rules and the preliminary rulings of the European Union law. With this aim we make an explanation about the nature and mechanism of both concepts, and then we analyze them comparatively, using regulatory standards, doctrine and jurisprudence link to the topic. In conclusion we express that the legal nature of the advisory opinions in Mercosur is different from the preliminary rulings in the European Union: they differ in their compulsory and binding nature for the judges who have asked it. However, both are similar in their objectives: ensuring the unity of law and the uniformity in their interpretation and application.

## **KEYWORDS**

Advisory opinion, preliminary ruling, Mercosur, European Union.

# LA NATURALEZA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA UNIÓN EUROPEA

Por María del Pilar García Martínez\*, María de la Paz Herrera\*\*  
y Sabrina Victoria Olivera\*\*\*

## 1. Encuadre general. La función consultiva en la integración

En el campo del derecho internacional se ha desarrollado como práctica la incorporación de mecanismos consultivos con la principal finalidad de unificar los criterios de interpretación para la aplicación de la normativa del sistema u organización del cual se trate, y establecer así una vía para la creación de conductas consensuadas de forma tal que permitan sostener el avance de estructuras internacionales compuestas por diversos participantes.

Nacida de la mano del desarrollo y expansión del derecho internacional, la competencia consultiva de un tribunal internacional enraza su existencia en determinados objetivos comunes, aplicables a cualquier esquema. Entre estos objetivos encontramos la *armonización y unificación de legislaciones*, la importancia en la *construcción de una seguridad jurídica* que coadyuve al proceso del cual es parte el tribunal emisor, y en este sentido, que implique un compromiso y seriedad mayor a dicho proceso en su conjunto y el establecimiento de una *necesaria cooperación judicial* entre el tribunal internacional de que se trate y los tribunales nacionales de los Estados Parte del sistema.

Ante el surgimiento de los procesos de integración, cuya naturaleza se origina a través de la interrelación de Estados en busca de eficacia y maximización en las relaciones económicas organizadas por regiones<sup>1</sup>, la incorporación y aplicación de mecanismos de interpretación normativa y consulta jurídica fueron adquiriendo relevancia a medida que los bloques regionales conformados avanzaron en su

---

\* Abogada de la Universidad de Buenos Aires, diploma de honor; docente universitaria Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Jefa de Trabajos Prácticos (int.) de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la UBA; investigadora en formación del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho DCT 017.

\*\* Abogada de la Universidad de Buenos Aires, diploma de honor; especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca; docente universitaria de las materias Derecho de la Integración e Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UBA y Jefa de Trabajos Prácticos en la asignatura Derecho Constitucional II de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; investigadora en formación del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho DCT 017.

\*\*\* Abogada de la Universidad de Buenos Aires, diploma de honor; maestranda en Relaciones Internacionales por la Universidad del Salvador; docente universitaria de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la UBA; investigadora en formación del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho DCT 017.

<sup>1</sup>“Los acuerdos regionales de comercio de la posguerra significaron, para Europa, una vía de pacificación y para los esquemas de integración en el mundo en desarrollo, un medio de industrializar sus economías (...) En economías

extensión sobre ámbitos políticos y jurídicos, sumándose a las funciones de importancia propias de los sistemas de solución de controversias emergentes.

En este orden de ideas, analizando las características generales de los procesos de integración vigentes, observamos que estos fenómenos adicionan finalidades concretas que deben alcanzarse a través de la competencia consultiva que le es asignada a la institución creada para ello. Así, el desarrollo de la función de consulta en un esquema de integración -además de lo mencionado precedentemente- representa un *elemento necesario del regionalismo*<sup>2</sup>, instala y demuestra *solidez en el proceso de integración* del cual se trate, habilitando espacios de mayor consistencia jurídica, necesarios para la evolución del proceso en su conjunto, convirtiéndose en fuente principal y motor vital de empuje en el camino *hacia la supranacionalidad*.

Para dar un encuadre general, mencionamos a la función consultiva como la competencia de un órgano jurisdiccional de emitir dictámenes sobre cuestiones jurídicas, de acuerdo a lo establecido en su estatuto de conformación. Con su antecedente en la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI, Sociedad de las Naciones)<sup>3</sup> la técnica consultiva fue replicándose junto a la aparición de nuevos tribunales internacionales. Entre sus características principales -que la diferencian de la competencia jurisdiccional- encontramos que en el procedimiento de consulta no hay partes que intervienen; el juicio emitido no tiene efecto vinculante, es decir no es obligatorio<sup>4</sup>; se trata de una consulta de carácter técnico y abstracto que se formula con anterioridad a la producción de un conflicto, incluso con la finalidad de evitarlo (RUIZ MIGUEL, 1998).

Si nos ubicamos específicamente en el ámbito del Mercosur, bien como Organización Internacional Regional, bien como proceso de integración latinoamericano en desarrollo, encontramos que la función consultiva está prevista por el derecho originario como una de las competencias del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), institución creada por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur (en adelante, PO), para *"garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales el proceso de integración, de forma consistente y sistemática"*<sup>5</sup>.

Más allá de las características propias de las opiniones consultivas en el Mercosur, que serán ampliadas en los puntos sucesivos, el propio TPR recientemente recordó la consagración de *"un mecanismo hábil para orientar a quienes apliquen a nivel nacional el derecho regional por medio de la formulación de solicitudes de Opiniones Consultivas al TPR, las cuales, a pesar de no vincular al juez solicitante, pueden servir como instrumento*

---

pequeñas la integración con vecinos de una región tuvo por objeto ampliar el mercado para ganar competencia con economías de escala." NEGRO, 2010.

<sup>2</sup>Entendido como el "conjunto de (esos) intercambios que tienen lugar en la región. (...) Refleja un fenómeno con alcances político-sociales. Se trata de un espacio con dimensión social que involucra la idea de pertenencia". NEGRO, 2010

<sup>3</sup>"La atribución de una competencia consultiva a la CPJI tiene su origen en el art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones", RUIZ MIGUEL, 1998.

<sup>4</sup>Esto es en principio, ya que la práctica y evolución en el funcionamiento de este instituto tanto en la Corte Internacional de Justicia como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejan constancia de la autoridad que las opiniones consultivas marcan y delimitan cada sistema.

<sup>5</sup> Preámbulo del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur.

*importante para la mantención de la coherencia y unidad del derecho”, destacando que “las Opiniones Consultivas consisten en un pronunciamiento sobre la interpretación o aplicación del derecho del MERCOSUR, en un caso concreto, tendiente a su correcta y uniforme aplicación”<sup>6</sup>.*

La inclusión de este mecanismo en el funcionamiento del Mercosur vislumbra la importancia de contar con herramientas que contribuyan al avance del proceso integracionista, desde la consolidación de las instituciones y sus actos jurídicos, dando trascendencia a la necesaria *“interpretación uniforme del derecho del Mercosur por parte de los tribunales de los Estados parte”* (SOTO y GONZÁLEZ, 2011).

En síntesis, ante los objetivos generales y específicos de toda función consultiva ya mencionados, nos planteamos la realidad en el Mercosur, su esquema de funcionamiento actual, los efectos, sus falencias, apuntando a su análisis desde la intencionalidad de evolución del sistema.

En este sentido, siguiendo la línea de trabajo planteada por el TPR en la Opinión Consultiva N°1/2007, luego controvertida por las siguientes opiniones consultivas (de aquí en más, OC) emitidas, puede entreverse que la facultad otorgada a las Cortes Supremas de los Estados Parte de someter a consulta una *“interpretación jurídica de la normativa del Mercosur (...), siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante”<sup>7</sup>* se asemeja en algún punto con el mecanismo hermenéutico de las cuestiones prejudiciales, o “técnica del reenvío prejudicial” (MANGAS MARTIN y LIÑAN NOGUERAS, 2010.), de manera que advierte sobre la posibilidad de contemplar y evaluar un cambio de rumbo, a futuro, en el funcionamiento del mecanismo consultivo en el Mercosur de manera de alcanzar con mayor éxito y eficacia sus objetivos.

De este modo, planteada la importancia de la función consultiva en toda organización internacional, y en concreto, en todo proceso de integración; habiendo expuesto los principales objetivos que dicha función debe alcanzar, reconociendo la situación actual del contexto mundial, sosteniendo que Latinoamérica es una región en crecimiento y que necesita afianzar sus estructuras de manera que pueda permanecer y desarrollarse entre los esquemas vigentes y futuros, nuestro objetivo en el presente trabajo consiste en analizar la naturaleza de las OC en el Mercosur, luego contraponerlas con el mecanismo de cuestiones prejudiciales en la Unión Europea, para finalmente extraer conclusiones centrales que nos permitan exponer algunos aportes o posibles soluciones contribuyentes al fortalecimiento del Mercosur como proceso integracionista del cual somos parte.

<sup>6</sup> Circular del TPR N° 120/2012, del 16/04/12, sobre Reglamentación para la solicitud de Opiniones Consultivas por el Supremo Tribunal Federal de la República Federativa del Brasil.

<sup>7</sup> Artículo 4.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, Decisión CMC 37/03.

## 2. Opiniones consultivas en el Mercosur

### a. Regulación normativa. Conceptualización

El PO, luego de una intensa negociación entre los Estados Parte<sup>8</sup>, incluyó dentro de las competencias del TPR la posibilidad de responder consultas jurídicas, a partir de una iniciativa de Uruguay inspirada en la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Durante la negociación de este instrumento internacional hubieron importantes discrepancias entre las delegaciones de los Estados Parte acerca de la naturaleza y alcance que debían tener las OC. Ello derivó, a partir de la falta de consenso, en el escueto artículo 3 del PO<sup>9</sup> que facultó al Consejo del Mercado Común (de aquí en más, CMC) a establecer el procedimiento para solicitar OC y definir su alcance, dándole como única directiva clara que esta competencia solamente la ejercería el TPR.

Mientras los Estados fundantes del Mercosur, a nivel nacional, aprobaban el PO (firmado el 18 de febrero de 2002, vigente desde el 1° de febrero de 2004) se desarrollaron, en el marco del CMC, las tareas, que demoraron casi dos años, para redactar la reglamentación del PO. Ésta fue finalmente aprobada en diciembre de 2003 por Decisión CMC 37/03<sup>10</sup>.

Esta norma —ejerciendo la facultad que tenía el Consejo— estableció a lo largo de doce artículos las disposiciones vinculadas a las OC, definiendo aspectos materiales y procedimentales tales como la legitimación para solicitarlas —esto es, todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria, el Parlamento y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional<sup>11</sup>—, los requisitos y procedimiento de las solicitudes, el funcionamiento del TPR para atenderlas y, fundamentalmente, la naturaleza de las OC.

La regulación de las OC se completa con la Decisión CMC 2/07, que establece el procedimiento para que los superiores tribunales nacionales puedan exigir la competencia consultiva del TPR, con la Decisión CMC 15/10 que impone el plazo de sesenta y cinco días para emitir una OC y con el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, que legitima a éste órgano para solicitar estos pronunciamientos.

Pasaremos a abordar ahora la conceptualización del instituto.

Según lo apuntado por la doctrina (FERNÁNDEZ ARROYO, 2007; PIZZOLO, 2008) la OC en el Mercosur es una consulta que determinados órganos del sistema de integración o de los Estados

<sup>8</sup>Este documento se negoció entre los miembros fundadores del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Recordemos que hoy Mercosur tiene cinco miembros: a los cuatro fundadores se le sumó formalmente la República Bolivariana de Venezuela el 31 de julio de 2012.

<sup>9</sup>"El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión, definiendo su alcance y sus procedimientos".

<sup>10</sup>A esta normativa la denominamos Reglamento del Protocolo de Olivos o RPO.

<sup>11</sup>Tal como se desprende del art. 2 del RPO y de la Decisión CMC 23/05.

Parte pueden someter al TPR para que éste se pronuncie sobre la interpretación jurídica de las normas emanadas de este espacio integrado. El resultado de la consulta es un producto hermenéutico que establece el alcance de la normativa mercosureña, emanado de un tribunal dotado de competencia para ser el interprete final del derecho originario y derivado del bloque.

Ahora bien, tal como lo establece el propio RPO en su art. 11, estos dictámenes técnico-jurídicos carecen de efecto vinculante para sus solicitantes y no son obligatorios. Luego retomaremos estas ideas y las desarrollaremos.

*b. Finalidad.*

Este instituto jurídico incluido en el PO y reglamentado por el RPO tiene por finalidad procurar una interpretación uniforme de la normativa del Mercosur, asegurando la plena vigencia de las decisiones que el espacio integrado a través de sus órganos va produciendo, como así también de los acuerdos de carácter intergubernamental adoptados fruto de las negociaciones de los miembros plenos. De este modo, la decisión alcanzada en cuanto al alcance de una norma, completa y complementa a ésta, dotándola de determinación en cuanto a la correcta hermenéutica de sus términos y espíritu.

La necesidad de una interpretación y aplicación igualitaria de las normas originarias y derivadas del Mercosur pasa por el hecho de poder alcanzar los objetivos que se han planteado los Estados Partes al momento de convenir la constitución de este bloque regional: crear un espacio económico integrado, tendiente a un mercado común, garantizando la igualdad de sus miembros<sup>12</sup>.

En esta línea la doctrina ha dicho: "... es esencial para los esquemas de integración económica que las normas que los rigen sean interpretadas uniformemente en las distintas jurisdicciones nacionales, porque de esa forma se mantiene el principio de igualdad de los Estados participantes y el derecho aplicable a situaciones originadas por el proceso de integración, tiene el mismo valor y produce igual efecto en todos los países..." (CZAR DE ZALDUENDO, 2009)

En definitiva: "...El lograr una interpretación uniforme aseguraría que la normativa del Mercosur tenga el mismo alcance y aplicación en todos los Estados Partes..." (CZAR DE ZALDUENDO, 2005) y como tal es un objetivo<sup>13</sup> deseable que intenta alcanzarse mediante el sistema de OC.

Además de lo hasta aquí expuesto, en la OC 1/2007, los Dres. José Antonio Moreno Ruffinelli y Joao Grandino Rodas han expresado en torno a la finalidad del instituto de estudio que "...Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización,

<sup>12</sup>Con relación a esto último, es oportuno aclarar que la regionalización se desarrolla mediante la eliminación progresiva de tratamientos diferenciales entre Estados. De esta forma, se distinguen distintos estadios en los procesos: zonas de preferencias arancelarias, zonas de preferencias aduaneras, zonas de preferencias económicas, zonas de libre comercio, unión tarifaria, unión aduanera y por último, el mercado común. Este último se caracteriza por la adopción de políticas económicas y financieras comunes, el alcance de una unión monetaria y una mayor integración en las decisiones. El Mercosur se encuentra en el camino al establecimiento de un mercado común pleno.

<sup>13</sup>De hecho, el preámbulo del PO sobre solución de controversias, en su párrafo cuarto, determina considerar "...la necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática..."

*contribuyendo así, de manera efectiva a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración el avance de todo proceso de integración...*". Estos árbitros han entendido que otra funcionalidad de las OC es propender a la constitución de un esquema supranacional merced a un profundo compromiso jurisdiccional con la tarea interpretativa y el progreso jurídico- institucional del bloque.

Por otra parte, se ha pregonado desde la doctrina y la jurisprudencia que las OC son un noble instituto en tanto permitirían evitar el surgimiento de controversias intra-bloque, las que pudieran nacer de las discrepancia existente en los Estados Parte en cuanto a cómo se interpretan y aplican las normas comunes. En este sentido, el hecho de tener un órgano facultado para esclarecer –en caso de vaguedad o ambigüedad de la norma- su alcance, contenido o espíritu, generaría una precisión normativa que desalentaría cualquier conflicto en ese sentido, lo cual, nuevamente importa dotar de uniformidad al derecho del Mercosur.

Sin embargo, para que las OC no se conviertan en una forma de preconstituir prueba antes de llevar un caso al mecanismo regional de solución de controversias, el TPR al momento de recibir la solicitud, deberá evaluarla a los fines de evitar ello como así también el prejuzgamiento. En este sentido Pizzolo ha dicho, retomando las palabras de Czar de Zalduendo: *"...el propio TPR deberá evaluar con sumo cuidado que las opiniones consultivas no se transformen en una `prueba` para conocer de antemano la posición del Tribunal, ya que colocaría a éste en una incómoda situación susceptible de ser tachada de prejuzgamiento. Si bien los Estados partes no pueden individualmente consultar al Tribunal, será difícil que ante la solicitud de uno de ellos los demás países se resistan ante la solicitud a contar con una opinión que, por último, no es de obligatoria observancia..."* (PIZZOLO, 2008).

Importante resulta destacar que conforme lo establece el art. 12 del RPO el TPR no podrán admitirse solicitudes de OC cuando se encuentre en curso cualquier procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión, esto como forma de emitir un juicio anticipado sobre un caso respecto del cual eventualmente tendrá que expedirse<sup>14</sup>.

Finalmente, importa exponer que se ha considerado a las OC como un eficaz instrumento de cooperación judicial entre los sistemas jurisdiccionales nacionales y el propio del Mercosur, en tanto la fluidez del contacto mediante las solicitudes de OC y la aplicación de su resultado permite afianzar la igual aplicación del derecho y también el propio avance del proceso de integración. Aquí resulta oportuno transcribir el párrafo 43 de la OC 1/2008: *"...En lo que guarda relación con la cuestión de compatibilidad o incompatibilidad normativa, la limitación expuesta sobre el objetivo de la OC no inhibe a brindar al órgano requirente los elementos que permitan una clarificación del muchas veces complejo sistema normativo del proceso de integración del Mercosur. No hacerlo, sería negar la misma finalidad que se ha tenido en cuenta al prever en el PO la posibilidad de requerir una opinión consultiva como un mecanismo de cooperación, por medio del cual los órganos jurisdiccionales nacionales pueden interactuar con el TPR..."*.

<sup>14</sup>En este mismo sentido el art. 10 del RPO establece que el procedimiento consultivo finalizará si se inicia procedimiento de solución de controversias sobre la misma materia.

c. *Ámbito de aplicación material.*

Tal como lo establece el art. 3.1 del RPO las OC podrán pedirse para evacuar cualquier cuestión de carácter jurídico en la que esté comprendido el Tratado de Asunción<sup>15</sup> (tratado constitutivo del Mercosur), el Protocolo de Ouro Preto (que regula la estructura institucional del Mercosur), los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA y las normas conocidas en la Teoría General del Derecho de la Integración como "derecho derivado": las decisiones del Consejo Mercado Común (CMC), las resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

Como puede apreciarse, el contenido de la consulta debe ser de carácter jurídico, quedando desplazada por imperio del Reglamento comentado cualquier punto tendiente a esclarecer hechos o la relación entre hechos y derecho e incluso la interpretación de las normas de derecho interno de los Estados Parte.

Claramente esto lo ha expuesto el árbitro Wilfredo Fernández de Brix en la OC 1/2007<sup>16</sup>, quien recogiendo las palabras del Dr. Moisés Troconis (reconocido jurista venezolano), expuso "...*El Tribunal no puede interpretar sino la ley común; la cuestión a interpretar sólo puede conducir a un juicio de derecho, no a un juicio de hecho; y la providencia del Tribunal no puede ser sino un acto de interpretación, no de aplicación...*"<sup>17</sup>.

La función consultiva, en definitiva, implica para el TPR la emisión de un juicio sobre cómo debe entenderse una norma jurídica del Mercosur, resultando de su trabajo una interpretación final sobre el derecho traído a su conocimiento.

Siguiendo esta línea argumental, el TPR en la OC 1/2008, párrafo 41, ha dicho que "...*abordamos la cuestión con la idea de contribuir a clarificar los **aspectos normativos** vinculados al proceso de integración que guardan relación al caso, sin perder de vista la consulta específica...*" (el destacado nos pertenece).

Asimismo, el TPR entendió que su competencia consultiva se extendía al punto tal de poder analizar la compatibilidad de una norma interna de un Estado Parte con el derecho del bloque regional. De esta forma ha dicho "...*Que en las opiniones consultivas, el Tribunal puede entender, con el alcance y las limitaciones de su competencia, sobre la compatibilidad de una norma nacional con el derecho del Mercosur, si bien no le cabe expedirse sobre la constitucionalidad, aplicabilidad o nulidad, cuestión de exclusivo resorte de la jurisdicción nacional...*"<sup>18</sup>.

Así, hoy por hoy y con apenas tres productos consultivos, puede sostenerse que el TPR afianza su postura interpretativa, ampliando tímidamente el margen de su competencia. Hoy ya no sólo puede esclarecer el sentido del derecho del Mercosur, también puede analizar y comparar la normativa

<sup>15</sup>En adelante, TA.

<sup>16</sup>Que dicho sea de paso, fue la primera oportunidad en la que el TPR ejerció la competencia consultiva.

<sup>17</sup>OC 1/2007, voto del relator Wilfredo Fernández de Brix, acápite III.B.5.

<sup>18</sup>Criterio sentado en la OC 1/2008, punto 5 de la parte dispositiva, el cual es reafirmado en la OC 1/2009, punto 3 de la parte dispositiva.

nacional respecto de su concordancia con las normas del bloque. De este modo, se comienza a construir un pequeño sendero para afianzar el proceso de integración, al menos, a nivel jurídico.

*d. Legitimación para solicitarla.*

El art. 2 del RPO determina que podrán solicitar OC:

- Todos los Estados Parte del Mercosur actuando conjuntamente.

Como puede apreciarse esta previsión impide que los Estados individualmente considerados puedan formular un pedido de OC, lo cual es una nueva muestra del intergubernamentalismo reinante en el proceso de integración. De esto se desprende que sólo a través del consenso de las delegaciones de los Estados Miembro se podrá acceder al mecanismo de OC, es decir, es necesario un acuerdo generalizado de las representaciones en cuanto a solicitar la OC y su contenido.

- Los órganos con capacidad decisoria del Mercosur, es decir, el CMC, el GMC, el CCM y el Parlamento (cfm. art. 13 Protocolo Constitutivo del Parlamento y decisión 23/05 del CMC), en los que se encuentran representadas las voluntades de todos los Estados Parte mediante sus delegados.

Como puede observarse, estos aspectos de la norma no hacen más que afirmar el carácter intergubernamental no sólo del pedido de OC sino también una característica propia que tiñe todo el proceso de integración. Tal como lo expresa Czar de Zalduendo "...Esta circunstancia no hace más que confirmar la tradicional posición de los países fundadores del Mercosur, que siempre han mostrado una fuerte resistencia a perder el control sobre cada operación de importancia del Mercosur, así como a crear órganos con autonomía respecto de los gobiernos nacionales..." (CZAR DE ZALDUENDO, 2005).

- Los tribunales superiores de justicia de los Estados Parte.

Según lo dice Pizzolo en cuanto a la inclusión de los órganos jurisdiccionales nacionales "... la doctrina ha reconocido que, por primera vez, en lo que va del Mercosur se reconoce protagonismo a la justicia nacional contribuyendo de este modo al objetivo que inspiró la regulación de su faz consultiva: procurar la interpretación uniforme del derecho de la integración..." (PIZZOLO, 2008; DREYZIN DE KLOR, 2005).

Sin embargo para que sea viable el pedido de OC por parte de un tribunal superior nacional es necesario que se haga en el marco de un proceso judicial cuya resolución penda de la interpretación de una norma del espacio integrado, acerca de la cual se tienen dudas y se respeten los requisitos enumerados en la decisión CMC 2/07.

A propósito de esta norma, oportuno resulta advertir que en su art. 1 estipula que "...Cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas a que se refiere este Reglamento, verificando la adecuación procesal de la solicitud..."

Resulta llamativa esta disposición en tanto delega en manos de las jurisdicciones locales el acceso al TPR mediante las OC, desligándose el CMC de una atribución que le había conferido expresamente el PO.

Por otro lado se ha dicho que *"...el art. 1 del Reglamento del Procedimiento para las Solicitudes de Opiniones Consultivas, viola flagrantemente las normas del Mercosur precedentemente citadas, porque de ninguna manera establece un mecanismo que asegure la uniforme interpretación del Derecho del Mercosur en los Estados Partes, dejando a cada país la regulación de las mismas en cuanto al trámite interno se refiere, así como otorgando poderes a cada Corte Suprema de Justicia a la hora de tramitar las opiniones consultivas. Por el contrario, el sistema establecido se estructura de manera tal de producir efectos totalmente contrarios a tales objetivos, y se logra desafortunadamente un derecho derivado que no sólo está en absoluta inconformidad con el pertinente derecho originario, sino que da rienda suelta a la creación de un derecho derivado por cada Estado Parte, lo cual es inconcebible. Además, específicamente viola el art. 3 del PO, pues el Consejo del Mercado Común no definió los procedimientos, sino que los delega inapropiadamente a cada tribunal interno..."*<sup>19</sup>.

También se han levantado críticas en relación a esta decisión en tanto se ha notado que podía llegar a verse violentada la pretensión de uniformidad en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho mercosureño puesto que la norma comentada, en tanto deslinda la regulación para el pedido de OC a los Tribunales Superiores Nacionales, habilita a éstos a decidir sobre la admisibilidad de las solicitudes que –desde los tribunales inferiores nacionales- podrían elevarse<sup>20</sup>. En este sentido, Czar de Zalduendo se pregunta: *"...¿tendrán esos Tribunales la atribución de seleccionar cuáles OC serán trasladadas al Tribunal del Mercosur? La solución no es sencilla, porque esa facultad de depuración (screening) puede ejercerse bajo criterios distintos en cada país y, nuevamente se puede estar creando un instrumento de asimetría entre los países..."* (CZAR DE ZALDUENDO, 2005: 71). Con apenas sólo tres OC emitidas<sup>21</sup>, creemos prematuro dar una definición al respecto, más cuando en nuestro país recién el 6 de octubre del 2009 la Corte Suprema ha resuelto en el marco de la causa "Sancor C.U.L. (TF 18.476-A) c/ D.G.A." (fallo S.346.XLIII)<sup>22</sup> formular el primer pedido argentino de OC (el que aún el TPR no ha resuelto). Sin perjuicio de ello, corresponde hacer alusión a un anterior pedido de OC formulado en las judicaturas nacionales –en autos caratulados "González, Gonzalo Nicanor c/ Image Factory Servicios de Impresión Ltda." (Expte. G. 1207. XLIII, datado 20 de agosto de 2008)-, siendo considerado extemporáneo por nuestro máximo tribunal nacional en razón de haber sido planteada la cuestión en un recurso de queja –y no en el recurso extraordinario- lo

<sup>19</sup>OC 1/2007, voto del relator Wilfredo Fernández de Brix, acápite III.2.A.2.

<sup>20</sup>En lo que refiere a la cuestión planteada, las reglas para el trámite previo a la remisión de solicitudes de las opiniones consultivas al TPR en nuestro país se hallan previstas en la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 13, emitida el 18 de junio de 2008.

<sup>21</sup>Todas a partir de las solicitudes enviadas por los Superiores Tribunales Nacionales, en el primer caso del de Paraguay (OC 1/2007) y en los sucesivos, del de Uruguay (OC 1/2008 y OC 1/2009), haciendo uso de la legitimación acordada por la decisión CMC 2/2007.

<sup>22</sup>El decisorio en mención fue pronunciado a los efectos de establecer si resultan aplicables los derechos de exportación establecidos por la Resolución 11/02 del Ministerio de Economía de la Nación a diversas exportaciones destinadas a países miembros del MERCOSUR, en el marco de un pleito traído a su conocimiento relativo a tal cuestión.

cual habría sido lo procedimentalmente correcto. Ello no obsta, sin embargo, a mantener la sospecha que en este sentido apunta la doctrina.

Otro punto de gran reproche es el tema relativo al pago de los gastos que demandan la emisión de una OC (viáticos y honorarios de los árbitros del TPR, correo postal, reuniones, etc.) en caso de ser éstas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estado Signatarios. El art. 11 de la ya mencionada decisión CMC 2/07 pone en cabeza del Estado consultante la obligación de costearlos. Al respecto puede decirse que esto revela la falta de interés de los Estados Parte en su conjunto en los dictámenes consultivos, y en particular, en cuanto a que las interpretaciones que pudieran ir surgiendo en el TPR fruto del ejercicio de esta competencia permitiría avanzar en el proceso de integración normativa a partir de una visión armonizadora del derecho.

El Dr. Fernández de Brix en oportunidad de ejercer la relatoría de la primera OC emitida por el TPR, expresó que el hecho de que el Estado consultante cargue con el pago de los gastos que ocasiona la excitación de la competencia consultiva, por un lado *"...no garantiza un mecanismo que asegure la participación de los particulares, ya que la forma de pago de los gastos desincentivará con toda duda las opiniones consultivas de todos los países ... [por otra parte] este art. 11 es discriminatorio en cuanto a la forma de pago de las consultas, según provengan de los Órganos del Mercosur, los países o las Cortes Supremas de Justicia. Esto viola la naturaleza y finalidad de la opinión consultiva con lo cual clara y terminantemente se puede hablar de una violación al PO, a su espíritu e intención legislativa... [finalmente] es discriminatorio porque las opiniones consultivas tienen el objetivo de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de Integración del Mercosur, y pagando sólo el Estado Parte del juez consultante, trae como conclusión un beneficio gratuito para los otros Estados Parte. Vale decir, el Estado Parte que hace el esfuerzo por la consolidación institucional y jurídica del Mercosur, paga por todos los demás..."*<sup>23</sup>.

Sentado ello y siendo categóricas las argumentaciones expuestas, sólo resta agregar que por unanimidad los árbitros del TPR en ocasión de emitir la OC 1/2007 entendieron necesario *"...recomendar al Consejo Mercado Común la revisión de las Resoluciones n° 02/07 del CMC y n° 02/07 del GMC, 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 la integración, por lo tanto todos los países son beneficiarios del mismo, y en consecuencia estos deben soportar los gastos y honorarios correspondientes..."*<sup>24</sup>.

#### e. Efecto y carácter

Según el art. 11 del RPO las OC emitidas por el TPR carecen de efecto vinculante y su aplicación no es obligatoria. El efecto no vinculante se refiere a que el órgano que peticona la opinión no se encuentra comprometido con el producto hermenéutico resultante de la OC y, por lo tanto, no está condicionado a aplicarlo. Lo no obligatorio significa, por su parte, que los órganos legitimados para

<sup>23</sup>OC 1/2007, voto del relator Wilfredo Fernández de Brix, acápite III.2.G.vii.

<sup>24</sup>OC 1/2007, punto resolutorio 5.

solicitarlas, ante una duda acerca del alcance o sentido, no están compelidos a someter la cuestión al TPR para resolverla.

Sin perjuicio de esto, se ha dicho que fundada la opinión consultiva, el dictamen del Tribunal *"...acompañará a la norma convirtiéndose en parte de la misma. Es cierto que no resulta vinculante pero no lo es menos que interpretada por el alto tribunal, no podrá obviarse fácilmente la interpretación que el máximo órgano efectúe de la regla..."* (DREYZIN DE KLOR, 2005).

Desde la doctrina se ha intentado encontrar una justificación a esta disposición y en este sentido si bien, en la mayoría de los esquemas de consulta de los tribunales internacionales se establece la no obligatoriedad de las OC, en el Mercosur la exclusión del carácter vinculante parece estar enmarcada en la gradualidad con que se efectúan las reformas institucionales en este proceso de integración.

Aquellos que sostienen que las OC pueden configurar una herramienta para prevenir conflictos se inclinan por su obligatoriedad, pero podríamos hallarnos ante la posibilidad de una situación de prejuigamiento dentro de un procedimiento que al no contar con los recaudos de un proceso controversial, podría no garantizar ampliamente el derecho de defensa.

Finalmente, corresponde mencionar que *"... en nuestro régimen actual, lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria... ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término es característica de todo tribunal su imperatividad, pero mucho más que ello con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza, y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme en todo el territorio integrado..."*<sup>25</sup>.

## 2. Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea

### a. Regulación normativa. Definición

Para poder hablar del instituto de las cuestiones prejudiciales (en adelante CP) en el ámbito de la Unión Europea (UE) es conveniente hacer una mención a la institución implicada y que cuenta con dicha competencia, ya que, a diferencia de otros procesos de integración, en el marco del derecho comunitario europeo, hablamos de un Tribunal de Justicia (TJ), con su Estatuto y su Reglamento de Procedimiento, con todo un trabajo pretoriano ya incorporado, que fue dando forma y consistencia a su existir.

Dentro de sus funciones está la de garantizar que la legislación de la UE se interprete y aplique uniformemente en todos los Estados Miembro; asegurar que no haya sentencias nacionales contradictorias y garantizar el cumplimiento de la ley comunitaria<sup>26</sup>.

<sup>25</sup>OC 1/2007, voto del relator Wilfredo Fernández de Brix, acápite III.2.B.4.

<sup>26</sup>Información disponible en el sitio web oficial del TJ: [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)

En este repaso por una de las principales instituciones de la UE, no dejamos de advertir que, como en todas, sus funcionalidades y competencias fueron evolucionando a lo largo de los años de vida desde su creación, en 1952, por el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (TCECA).

Así, para centrarnos en el tema que nos ocupa, decimos que la regulación normativa de las CP la encontramos, como primera medida, en los Tratados fundacionales (art. 41 TCECA; art. 150 TCEEA), fusionados luego en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), más precisamente en el art. 234 (antiguo 177).

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las CP quedaron reguladas en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Aún así, tanto el Estatuto (arts. 23 y ss.) como el Reglamento de Procedimiento (arts. 103 y ss) del TJ, como su propia jurisprudencia detallan instrucciones al respecto.

Por último, corresponde mencionar que el propio TJ remitió en su oportunidad a los Estados Miembro una nota informativa referente a las CP a los fines del correcto funcionamiento de dicho instituto, y que, dada la importancia que revistió ese comunicado, fue posteriormente publicado en el Diario Oficial de la UE (DOUE) en el año 2005, lo cual revela el detalle expreso del procedimiento prejudicial<sup>27</sup>.

A partir de la lectura de la normativa enumerada, podemos definir entonces a las CP como el procedimiento por el cual un órgano jurisdiccional nacional de un Estado Miembro puede o, en su caso, debe consultar al TJ sobre la interpretación o validez del derecho comunitario, en el ámbito del litigio en el que se encuentre inmerso.

Se trata de un procedimiento que aporta seguridad jurídica al derecho comunitario, desde el momento en que su finalidad primera está dada por la búsqueda de aplicación uniforme de ese derecho en toda la UE.

El propio TJ define al planteamiento de las CP por un órgano jurisdiccional nacional: "*El sistema de remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en todos los Estados miembro*"<sup>28</sup>.

Por tanto, estamos en presencia del procedimiento por el cual, apostando a la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJ, se vela por la aplicación uniforme del derecho comunitario en la UE, garantizando a su vez una aplicación efectiva y homogénea de la legislación

<sup>27</sup>DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Nota informativa sobre el Planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales.

<sup>28</sup>DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 1.

comunitaria en todos los Estados Parte, y evitando en consecuencia, interpretaciones divergentes por parte de los jueces nacionales.

Pero analizando un poco más la definición, nos centramos en remarcar que este instituto tiene una doble posibilidad de puesta en funcionamiento como también una finalidad dual. En cuanto a la puesta en funcionamiento, el art. 267 del TFUE establece la distinción entre los casos en que los jueces nacionales “*pueden*” utilizar el mecanismo de las CP, y entre los casos en que dichos jueces “*deben*” aplicarlo. Y por su parte, la doble finalidad consiste en aquellos casos en que el TJ deberá *interpretar* el derecho comunitario, o bien pronunciarse sobre su *validez*. Ambos temas a desarrollar más adelante.

Es importante destacar que a través de este mecanismo podemos citar una premisa ya instaurada en el ámbito comunitario, que reza “el juez natural del derecho comunitario es el juez nacional”. Es decir que el juez nacional en su rol diario, dentro de un proceso de integración avanzado, se convierte en juez comunitario ya que desde su accionar debe velar por la integración y por el cumplimiento de las normas de derecho comunitario, aún en los casos de contradicción normativa con el derecho interno del cual es partícipe (GARCÍA MARTÍNEZ, 2007).

Por último, el TJ dejó claramente expresado en su jurisprudencia que “*el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone que, por su parte, el juez nacional tenga en cuenta la función confiada al Tribunal de Justicia, que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas*”<sup>29</sup>, por lo que, si bien a lo largo del trabajo encontraremos puntos de conexión con las OC del Mercosur, queda sentado desde el comienzo que se trata de institutos diversos y diferenciados.

Cabe mencionar que dentro de las CP, a comienzos del año 2008, se desarrolló el procedimiento prejudicial de urgencia aplicable a las remisiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, el cual no será abordado en el presente trabajo, atento que excede del campo de análisis en relación con el espacio integrado Mercosur.

#### *b. Finalidad*

El riesgo de que la intervención de la jurisdicción de varios países pusiera en peligro la necesaria unidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario exigía establecer algún sistema de unificación. Los Tratados han optado por un mecanismo de colaboración: la CP, que permite al Tribunal pronunciarse sobre materias de interpretación y validez del derecho comunitario relativas a los litigios presentados ante las jurisdicciones internas.

Decimos, en un plano general, que el derecho comunitario tiene por finalidad la integración y por ello se impone a los órganos jurisdiccionales, siendo éstos los responsables por su correcta aplicación,

<sup>29</sup>Sentencia del TJ de 21.1.2003. Asunto C-138/00. Considerando 42.

y a la vez, jueces comunitarios. Y al mismo tiempo es sabida la importancia que los Tratados atribuyen al TJ como máximo garante de la interpretación uniforme del derecho comunitario.

Es en el propio instituto de la CP en donde el juez nacional actúa interpretando la normativa comunitaria, y donde será necesario, en pos de la unificación, establecer criterios unánimes para resolver situaciones similares.

Ahora bien, en un ámbito especial, recordamos que "...el procedimiento prejudicial se basa en la colaboración entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales..."<sup>30</sup> y su finalidad principal es la correcta aplicación de la normativa comunitaria, sin recaer en función consultiva.

Entonces, analizando ya el propio instituto de las CP, "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..."<sup>31</sup>.

En el marco de la CP, siguiendo la redacción del art. 267 TFUE, la finalidad se desdobra en "interpretar" y determinar "validez" de la normativa comunitaria. Esto es mecanismo prejudicial de interpretación y mecanismo prejudicial de validez.

En cuanto a "interpretar", consiste en la elevación de petición de CP por el órgano jurisdiccional nacional al TJ para que éste "interprete" una normativa comunitaria en aquellos casos en que pueda tener dudas por sí mismo o a instancia de parte, sobre cómo debe ser entendida la norma comunitaria, aún cuando el conflicto esté dado con una norma nacional aplicable al litigio.

Por otra parte, es únicamente el TJ quien puede expedirse sobre la validez de la normativa comunitaria creada, ya que los órganos jurisdiccionales nacionales no poseen la facultad de declarar la invalidez de un acto comunitario. Es por ello que recae la obligación sobre la magistratura nacional de plantear una CP de este tipo cuando se le presente, por sí o a instancia de parte, alguna incertidumbre sobre validez de un acto comunitario, es decir, cuando se cuestione la legalidad de la norma invocada. Para ello deberá fundamentar los motivos que determinarían la invalidez.

Sin embargo, hay que resaltar que la finalidad de la CP no recae, bajo ninguna circunstancia, en el análisis y pronunciamiento de las cuestiones de hecho que se generen en el litigio en curso así como tampoco sobre la interpretación o aplicación del derecho interno<sup>32</sup>.

Concluyendo, corresponde hacer mención a los requisitos formales que el propio TJ en su nota informativa y a través de sus sentencias fue puliendo sobre las CP, con el fin de orientar a los jueces nacionales para la maximización de su utilización y optimización en el logro de los objetivos.

Entre ellos encontramos que el juez nacional debe explicar y fundar las razones por las cuales considera necesaria la interpretación del TJ para concretar su fallo en el caso en el cual se plantea la duda.

<sup>30</sup>DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 3.

<sup>31</sup>DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 5.

Así también debe justificar la elección de la normativa sometida a consulta y su relación con la legislación nacional aplicable al litigio<sup>33</sup>. En aquellas circunstancias donde "...una disposición pueda aplicarse tanto a situaciones regidas por el derecho nacional como (...) por el derecho comunitario existe un interés comunitario manifiesto en que, (...) reciba una interpretación uniforme..."<sup>34</sup>, evitando así que se generen diferentes interpretaciones en futuros casos.

De este modo, a los efectos de solicitar una decisión prejudicial, el juez nacional debe definir el contexto fáctico y el régimen normativo, o bien los supuestos de hecho en que se basan las cuestiones que plantea, de modo que la respuesta del Tribunal sea realmente necesaria para la resolución del proceso, respondiendo a necesidades objetivas. En este sentido, también evitar caer en la falta de contribución y de relación entre la posible actuación del Tribunal y el litigio en sede nacional<sup>35</sup>, ya que en ese caso, el TJ podrá declarar inadmisibile la CP planteada (GARCÍA MARTÍNEZ, 2007).

c. *Ámbito de aplicación material.*

Dentro de las competencias del TJ contenidas en el derecho originario, se desprende de su base jurídica cuál es la normativa sobre la que podrá expedirse el TJ en una CP. La redacción del actual art. 267 TFUE establece:

*El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

- a) *sobre la interpretación de los Tratados;*
- b) *sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.*

Así, se "establece un doble objeto de la competencia prejudicial: por una parte, la interpretación de los Tratados y del Derecho derivado (cuestiones prejudiciales de interpretación) y, por otra parte, el examen de la validez de los actos de las Instituciones (cuestiones prejudiciales de apreciación de validez) (MANGAS MARTIN y LIÑAN NOGUERAS, 2010). De esta manera, para los casos en que un juez nacional solicite el mecanismo por interpretación, éste podrá versar sobre normas de derecho originario y sobre normas de derecho derivado. Sin embargo, en este campo, a través de la jurisprudencia se ha dado una interpretación extensiva al concepto de "derecho derivado", incluyendo además de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, sentencias y actos jurisdiccionales del TJ, principios generales del derecho y todos actos normativos típicos o atípicos, vinculantes o no (MANGAS MARTIN y LIÑAN NOGUERAS, 2010).

En conclusión, el ámbito material se encuentra expresamente definido en los Tratados y ampliado en su interpretación por la jurisprudencia. Asimismo, el propio TJ fue el encargado de dejar en

<sup>32</sup>DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 5.

<sup>33</sup>Sentencia del TJ del 21.1.2003, "Bacardi-Martini c/ Newcastle", Asunto C-318/00, Considerando 44 *in fine*.

<sup>34</sup>Recopilación de Jurisprudencia de la UE, 2000, p. I-11307, Conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas el 11 de julio de 2000. Asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, Considerando 40.

claro que bajo ninguna circunstancia podrá ser objeto de mecanismo prejudicial el planteo de cuestiones fácticas o que hagan al uso y aplicación de derecho nacional. Por último, el Tribunal de Justicia de la UE se limita a interpretar las normas, siendo el juez nacional quien aplica dicha interpretación en cada caso concreto.

d. *Legitimación activa.*

El reparto de competencias viene matizado por la tarea que los Tratados atribuyen al TJ como **máximo garante de una interpretación uniforme del derecho comunitario** estableciendo un mecanismo de colaboración en el **reenvío prejudicial**, que permite al TJ pronunciarse sobre cuestiones de interpretación y de validez del derecho comunitario, relativas a los litigios presentados ante las jurisdicciones internas.

Desde ahí, como primera medida, partimos de la noción de que la capacidad de solicitar una CP recae sobre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembro, no incluyendo a los órganos administrativos. Al efecto, el concepto de órgano jurisdiccional no es el vigente en cada Estado Parte, sino una noción de derecho comunitario, definido por la jurisprudencia en cada caso.

La nota informativa ya referida, en su punto 7 establece que “...*cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro, cuando tenga que pronunciarse en un procedimiento a cuyo término se dicte una resolución de naturaleza jurisdiccional, puede plantear, en principio, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un concepto autónomo de derecho comunitario*”.

Dentro de las magistraturas nacionales, hay que distinguir los dos supuestos que delimita el propio art. 267, al asignar al juez nacional la “facultad” u “obligación”, según sea el caso, de solicitar una CP.

El artículo, por un lado, establece la *facultad* a cualquier órgano jurisdiccional nacional de plantear al TJ una CP sobre la interpretación de normativa comunitaria, si es que fuera necesaria para continuar con la resolución del caso que lleva adelante. Mientras que por otro, determina la *obligación* a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de revisión judicial posterior, a peticionar una CP para resolver el litigio, con la excepción de existir ya jurisprudencia aplicable al caso (doctrina del acto aclarado), o cuando sea evidente la correcta aplicación de la normativa comunitaria (doctrina del acto claro) para el caso en concreto<sup>36</sup>.

En conclusión, la legitimación para solicitar una CP recae en los jueces nacionales, siendo facultad para todos ellos (ya sea por sí mismos o a instancia de parte), mientras que será obligación bajo responsabilidad para aquellos magistrados que intervengan en un litigio donde su fallo no sea susceptible de posterior revisión (RIECHENBERG, 2007).

<sup>35</sup>Recopilación de Jurisprudencia de la UE, ob. cit., Considerandos 26-29.

<sup>36</sup>DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Puntos 11 y 12. También en MARTÍNEZ ESTAY, J. 2005)

Cuando hablamos de la responsabilidad, nos referimos a aquella en la que incurre el magistrado nacional que debiendo, conforme a la norma, elevar una CP omite hacerlo. Al respecto, cabe mencionar el caso "Köbler"<sup>37</sup> en el cual se advierte la falla del tribunal de última instancia por no haber presentado recurso prejudicial, teniendo en cuenta el derecho invocado por el demandante ante un conflicto de interpretación. Allí, el TJ indicó que el juez de última instancia "...no podía considerar que la solución de la cuestión jurídica controvertida se desprendía de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia o no dejaba lugar a ninguna duda razonable... Por lo tanto, tenía la obligación, con arreglo al artículo 177, párrafo tercero, del Tratado, de mantener su petición de decisión prejudicial..."<sup>38</sup>.

En lo que respecta a los costos, el procedimiento prejudicial es gratuito, y sólo corresponderán costas fijadas por el juez nacional. Existe, sin embargo, la posibilidad por parte del órgano jurisdiccional nacional de conceder una ayuda para cubrir los gastos ocasionados por su intervención ante el TJ, para la parte que carezca de recursos suficientes<sup>39</sup>.

e. *Efectos y carácter.*

Una vez presentada la CP, el TJ se pronunciará únicamente sobre los elementos que hayan causado su planteamiento, esto es, estableciendo el criterio hermenéutico que juzga correcto, o expidiéndose sobre la validez de la normativa comunitaria; quedando exclusivamente reservada al tribunal nacional la competencia plena en cuanto a la resolución del litigio principal. Será objetivo del TJ ante una CP, aportar "*una respuesta útil para la solución del litigio, pero es el órgano jurisdiccional nacional quien tendrá que deducir las consecuencias que corresponda y, en su caso, declara inaplicable la norma nacional*"<sup>40</sup>.

Pero acorde al proceso de integración es fundamental el efecto que la decisión del TJ genere ante el espacio integrado europeo. En este punto, dentro de la UE, la sentencia que el TJ expida luego del planteo de una CP tiene fuerza de cosa juzgada. Ésta es vinculante y obligatoria, no sólo para el juez nacional que elevó la cuestión, sino también para todos los demás magistrados nacionales que se encuentren ante una duda hermenéutica o de la validez respecto de la misma norma; facilitando así la cooperación activa entre los jueces nacionales y el TJ, y concretando la aplicación uniforme del derecho comunitario. Se sienta jurisprudencia, propio de un tribunal.

Así, el TJ no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia o auto motivado; y el órgano jurisdiccional nacional destinatario se encuentra vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se ha planteado. El carácter obligatorio se da para ese caso en concreto y para el resto de los países de la comunidad, los cuales deben aplicar los principios esbozados en la CP cada vez que se hallen ante un caso de iguales características.

<sup>37</sup>Sentencia del TJ del 30/9/2003, "Gerhard Köbler c/ República Austriaca", Asunto C-224/01.

<sup>38</sup>Sentencia TJ del 30/9/2003, ob. cit., Considerando 118.

<sup>39</sup>DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Puntos 27 y 28.

<sup>40</sup>DOUE, 11.6.2005, C 143/01. Punto 6.

Mencionando otros efectos, el planteamiento de una CP trae consigo la suspensión del litigio principal hasta tanto se expida el TJ, así como también, en principio, la decisión del TJ tiene efecto retroactivo, aunque dicho alcance podrá ser limitado.

Como vemos, los avances logrados en cuanto a las competencias del TJ apoyan el proceso de integración, haciendo camino hacia la armonización y unificación de normativa, evitando que surjan contradicciones jurídicas que debilitarían la estructura y crecimiento del derecho comunitario. Estas particularidades hacen a la noción de derecho autónomo que se le asigna al derecho comunitario europeo.

### 3. Conclusiones preliminares

Con carácter previo a la definición de las conclusiones a las que arribamos, es oportuno recordar que en el Mercosur nos encontramos en un estadio de evolución inicial con respecto al grado alcanzado por la UE. En otros términos, este proceso de integración responde a una estructura fundamentalmente intergubernamental, mientras que el ámbito de la UE guarda relación con la figura de la supranacionalidad. En este sentido resulta preciso subrayar que el Mercosur se enmarca en un proceso de cooperación entre los Estados Parte, regulado aún por el Derecho Internacional General<sup>41</sup>. En cambio, en la UE –que ya superó ampliamente esta etapa– nos encontramos frente a un proceso de integración normado por el Derecho Comunitario, donde los Estados Miembros atribuyen paulatinamente el ejercicio de ciertas atribuciones a las instituciones comunitarias, produciéndose consecuentemente la transferencia del ejercicio de potestades soberanas a favor del esquema regional (CORCUERA, 2007).

Al decir de la reconocida jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci, “...*la integración es, a no dudarlo, un fenómeno económico, pero es, fundamentalmente, un fenómeno político que requiere de una sólida construcción jurídica...*” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1997). Partiendo de la base que tanto las OC del Mercosur como las CP de la UE pretenden asegurar la interpretación y aplicación uniforme del derecho emanado de sus respectivos espacios integrados, de modo tal de garantizar la igual vigencia de aquél en todos los Estados Signatarios y de brindar seguridad jurídica, podemos aseverar que ambos institutos tienen similar finalidad.

Así, corresponde a los respectivos Tribunales velar por la aplicación uniforme de la normativa de integración, evitando sentencias contradictorias, que a su vez puedan producir quiebres en la evolución del proceso de integración. No podemos olvidar que los nuevos espacios integrados que se hallan en pleno desarrollo encuentran un importante avance merced a las interpretaciones que de sus normas realizan los órganos jurisdiccionales, apostando al compromiso, a la conciencia de comunidad y de identidad regional. Las normas prescriptas que fueron analizadas en el presente trabajo referidas al Mercosur configuran -en cierta medida- una labor más dinámica del TPR, constituyendo los cimientos de una base jurisprudencial tendiente a fortalecer el grado de integración perseguido.

<sup>41</sup>A fin de ampliar este concepto, se recomienda la lectura de PIZZOLO, 2002.

En relación con el ámbito de aplicación de ambos institutos, podemos advertir que su utilización se circunscribe tanto al derecho originario como al derecho derivado de cada región; todo lo cual reafirma el fin común analizado precedentemente y que refiere a la importancia de evitar interpretaciones hermenéuticas disímiles dentro del mismo ámbito que puedan poner en peligro la correcta aplicación de las normas. Es por ello que ante vacíos legales y/o disposiciones que afecten la uniformidad de dichas interpretaciones, resultan imperiosas las modificaciones pertinentes que echen por tierra cualquier peligro potencial de colisión de actos normativos.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso indicar –respecto de la legitimación activa a los fines de plantear estos mecanismos desarrollados- que la única institución habilitada dentro del ámbito del Mercosur es el órgano jurisdiccional superior –es decir, las Cortes Supremas de Justicia de los países integrantes- y otros órganos, tales como los propios Estados por consenso, las instituciones con poderes decisorios y el Parlamento; mientras que en la UE, sólo los órganos judiciales poseen la facultad de plantear la CP ante el TJ.

Respecto a este último extremo, debemos reiterar que tal como se desprende del art. 1 de la ya mencionada Decisión CMC 2/07, cada Tribunal Superior de los Estados Parte del MERCOSUR establecerá las reglas internas para la solicitud de una OC; a tales efectos fueron emitidos los respectivos instrumentos en Argentina (Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 13/2008), Brasil (Emenda Regimental N° 48 de 03 de abril de 2012), Paraguay (Acordada N° 549 de la Corte Suprema de Justicia, del 11 de noviembre de 2008) y Uruguay (Acordada N° 7604 de la Suprema Corte de Justicia, del 24 de agosto de 2007), quedando pendiente la situación de la recién incorporada Venezuela. Entendemos de esta forma que los requisitos y tramitaciones pertinentes difieren en cada ordenamiento jurídico de los Estados involucrados, resultando ser peligroso para los objetivos que se plantean a nivel integracional en lo concerniente a la seguridad jurídica exigida dentro de un sistema de normas. Por tales razones, nos parece atinada la modificación de la Decisión CMC 2/07 sobre este particular, estableciendo los aspectos materiales y procedimentales **comunes** a todos los Estados Partes que deban observarse para la solicitud de una OC en el marco del mercado común que nos convoca.

Cabe mencionar en este estado del trabajo otro punto, en razón del cual se destaca que en el Mercosur, el TPR se convoca al sólo efecto de emitir la OC solicitada, variando en cada caso en concreto la composición de sus integrantes. Como consecuencia de ello, nos hallamos ante la circunstancia de que todos los gastos generados por la convocatoria del tribunal, serán soportados, según la soliciten los Estados parte en su conjunto y las instituciones del Mercosur, o los tribunales superiores nacionales, por el propio presupuesto regional o por cada uno de los Estados Parte, respectivamente. Cabría preguntarse en este sentido, si no correspondería que las erogaciones fueran afrontadas por las arcas del propio mercado común en todos los casos, siendo que la tarea judicial del TPR importa una mejor aplicación de las normas ante la eventualidad de conflictos suscitados entre las partes que conforman el Mercosur.

Otra solución posible sería adoptar los lineamientos seguidos por la UE, en donde el TJ es una institución que cuenta con una composición estable, que no necesita ser convocado y que tiene permanente funcionalidad. En ese sentido, acceder a la solicitud de una CP no implica gastos, más que los establecidos en las costas al momento de la sentencia.

En virtud de ello, se desprende que el acceso a la competencia consultiva se ve condicionado por la decisión del órgano jurisdiccional superior nacional de elevar el pedido de OC, por un lado; y por la viabilidad de la disponibilidad presupuestaria del Estado consultante por el otro. Esta situación en el marco de la UE no se verifica, toda vez que el juez nacional no se ve limitado por una cuestión económica en oportunidad del plantear la CP, ni tampoco necesita implicar al tribunal superior para hacer uso del mecanismo.

Como punto final a destacar, corresponde dedicarle un párrafo especial al carácter y efecto de las OC y las CP. Aquí encontramos el punto de mayor distancia entre ambos institutos, pues, tal como se ha explicado, las OC del Mercosur carecen de efecto vinculante para el juez que las solicita, como así tampoco es obligatoria su petición. A la luz de estas consideraciones y abonando la necesidad de alcanzar la asimilación normativa en el bloque mercosureño, planteamos la conveniencia de prever la obligatoriedad de los magistrados de plantear la cuestión al sometimiento del órgano competente del Mercosur.

A diferencia de lo antedicho, en el ámbito de la UE, ya sea en cualquiera de sus dos caracteres –obligatoria o facultativa–, la interpretación a la que arriba el TJ obliga al juez nacional que la solicitó a acatar la interpretación y aplicarla al caso que dio origen a la misma. A su vez, esta hermenéutica es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados Miembro ante litigios similares. De este modo, a nuestro entender, el TJ estaría creando derecho al completar el alcance de la norma sobre la cual se fundó la consulta.

A propósito de lo manifestado por el Árbitro Becerra en el punto C de su voto con motivo de la OC 1/2007: "...En el marco de un sistema de integración, las opiniones consultivas emanadas de un Juez Nacional y dirigidas a un Tribunal Comunitario **deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales**, toda vez que el Juez Comunitario debe interpretar el derecho de integración –en este caso Mercosureño–, quedando claramente definido que la aplicación de la interpretación, resulta de exclusiva competencia jurisdiccional del Órgano Judicial que ha formulado la consulta..." (el destacado es nuestro). Queremos expresar a modo de conclusión, en base a todo el análisis efectuado, que las OC, tal cual se encuentran reguladas en el Mercosur, **no son equiparables** a las CP. Ello, fundamentalmente, por no ser obligatorias ni vinculantes sus interpretaciones ni para los órganos que las solicitan, y mucho menos, para los magistrados nacionales de los Estados Miembro.

En este sentido, si bien en reiteradas oportunidades en las OC que ha emitido el TPR, con el objeto de determinar su naturaleza jurídica, se ha utilizado el término "cuestión prejudicial", lo cierto es

que las OC por las explicaciones apuntadas no pueden de ningún modo ser equiparables a las CP, lo cual pudo haber generado algún equívoco en la esencia del instituto mercosureño.

Confundir los términos o realizar un uso abusivo y/o extensivo de ellos puede confundir a los actores implicados en el proceso: tratar de dotar al Mercosur de mecanismos de los que aún no hay decisión de gozar puede significar una alerta que conspire en el uso de las OC, y en consecuencia, en la natural evolución del proceso.

#### **4. Alternativas para potenciar las opiniones consultivas en el Mercosur**

Con el afán de dinamizar el proceso de integración regional en el que Argentina se encuentra involucrado e ir en la búsqueda de solidificar la bases de su estructura institucional y jurídica, proponemos ciertos ejes de reflexión en torno al objeto de este trabajo.

- Extender las posibilidades del procedimiento de las OC a través de la ampliación de la legitimación para solicitarlas, la superación del pago de los costos del procedimiento consultivo a cargo de los Estados de modo que a futuro estos queden comprendidos en el presupuesto del Mercosur y repensar los efectos jurídicos que las OC tengan en cuanto a su obligatoriedad y vinculatoriedad.
- Reforzar el sistema de resolución de conflictos mediante la reconfiguración del TPR como un tribunal jurisdiccional permanente y estable.
- Asimismo sería oportuno pensar en agilizar y simplificar para las partes el procedimiento de solicitud de opinión consultiva, así como reforzar sus efectos, teniendo como ejemplos los modelos de la CIJ y la Corte IDH, donde si bien en principio las OC no tuvieron carácter obligatorio, se fue generando conciencia en la comunidad internacional de que cuentan con una autoridad suficiente para ser incorporadas y respetadas por los Estados, y se contemplan como criterios expuestos por los tribunales internacionales en relación a eventuales futuras controversias a resolver.

Apoderarse de las herramientas del derecho mercosureño, ponerles en práctica, someterlas a un uso cuidadoso pero creativo, puede vigorizar aspectos jurídicos que son necesarios repensar para fortalecer nuestro bloque y llevarlo decididamente a un nuevo peldaño en su desarrollo.

**Bibliografía:**

- BARBOZA, J. (1999). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Zavalía, 1999.
- CORCUERA, S. (2007). “El derecho de la integración frente a los ordenamientos jurídicos estatales en la Unión Europea”. En *La Ley*, 2007-A, 642.
- CZAR DE ZALDUENDO, S. (2009). “Dos opiniones consultivas coincidentes en el Mercosur: ¿nace una jurisprudencia consistente?”. En *La Ley*, supl. Constitucional 2009 (septiembre), 59-67.
- CZAR DE ZALDUENDO, S. (2005). “La competencia consultiva en el Mercosur”. En *La Ley*, 2005, F, 68-75.
- DREYZIN DE KLOR, A. (2005). “El reglamento del Protocolo de Olivos”. En *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, II, 3, 77-85.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. (2007). “La respuesta del Tribunal Permanente del Mercosur a la primera ‘consulta interpretativa’. Escoba nueva siempre barre más o menos”. En *Jurisprudencia Argentina*, 2007, III, 3-10.
- GARCÍA MARTÍNEZ, M. (2007). “El Rol del Juez Nacional en el Proceso de Integración”. En *Revista Digital Espacios Jurídicos*, disponible en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/juezintegracion.htm>
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1997). “Nuevamente sobre el juez nacional frente al derecho comunitario”. En *La Ley*, 1997-D, 946.
- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D. (2010). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. (2005). “El sistema europeo-continental de justicia constitucional: el control de la constitucionalidad en la Unión Europea”. En *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*. 2005, Año 3, N° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile.
- MOYA DOMINGUEZ, M. (2006). *Derecho de la Integración*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- NEGRO, S. (2010). *Derecho de la Integración. Manual*, BdeF, Montevideo, 2010.
- PASTOR RIDRUEJO, J. (2001). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PIZZOLO, C. (2008). *Sistema de solución de controversias. Mercosur*. Ediar, Buenos Aires, 2008.
- PIZZOLO, C. (2002). *Globalización e integración: Ensayo de una teoría general: Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

- PIZZOLO, C. (2010). "Derecho e Integración Regional", Ediar, Buenos Aires, 2010.
- RIECHENBERG, K. (2007). "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el recurso prejudicial". Extraído del Seminario "*La Normativa Jurídica del SICA y la Consulta Prejudicial*" en la Corte Centroamericana de Justicia, 22 de marzo de 2007, Managua.
- RIMOLDI DE LADMANN, E. (2006). "República de la India y Mercosur". En *República de la India. Cuadernos de Estudio de las Relaciones Internacionales Asia-Pacífico-Argentina*, 2006, Cuaderno N°3, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.
- RUIZ MIGUEL, C. (1998). "La función consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?". En FIX-ZAMUDIO, H. (1998) *Liber Amicorum*, Volumen II, publicaciones de la Corte IDH, San José de Costa Rica, 1998.
- SOTO, A. y GONZALEZ, F. (2011). *Manual de Derecho de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2011.