

**COOPERACIÓN INTERJURISDICCIONAL EN EL MERCOSUR:  
LA PRIMERA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA DE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA AL  
TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR: EL  
CASO SANCOR.**

**INTERJURISDICTIONAL COOPERATION IN MERCOSUR: THE  
FIRST REQUEST FOR AN ADVISORY OPINION OF THE SUPREME  
COURT OF JUSTICE OF ARGENTINA TO THE MERCOSUR'S  
PERMANENT REVIEW COURT: THE CASE SANCOR.**

**Luciano Donadio\* y Carlos Espósito\*\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTEXTO POLÍTICO, SOCIAL Y  
ECONÓMICO DE LA MEDIDA. III. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE  
JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: La solicitud de la opinión consultiva que analizamos en este artículo tiene su origen en el asunto Sancor c/ Dirección General de Aduanas. Éste se inició a partir de la Resolución del Ministerio de Economía de la República Argentina que fijaba derechos de exportación de 5% a determinados productos lácteos, sin discriminar el destino de las exportaciones, es decir que incluye indistintamente a países miembros y no miembros del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). De este modo, y luego de un largo proceso judicial, en Octubre de 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) argentina ordenó solicitar una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, formulando la siguiente pregunta “¿Impone el Tratado de Asunción a los Estados miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?” El presente artículo describe las circunstancias históricas de la medida propiciada por el Estado argentino e impugnada por Sancor y analiza la decisión judicial, haciendo hincapié en tres elementos: 1) el lugar del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico argentino, 2) las cuestiones de legitimación que surgieron en el proceso y 3) las cuestiones de fondo de la medida.

*ABSTRACT: This article discusses the request for an advisory opinion originated in Case “Sancor c/ Dirección General de Aduanas”. This case emerged from the resolution of the Argentine Ministry of*

---

Fecha de recepción del artículo: 25 de marzo de 2010. Fecha de aceptación de la versión final: 27 de mayo de 2010.

\* Profesor de Derecho internacional, Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, [ldonadio@uesiglo21.edu.ar](mailto:ldonadio@uesiglo21.edu.ar)

\*\* Catedrático de Derecho internacional, Universidad Autónoma de Madrid, [carlos.esposito@uam.es](mailto:carlos.esposito@uam.es)

Este trabajo es parte del proyecto de investigación del Centro de Estudios de América Latina de la UAM sobre “El papel de los jueces iberoamericanos en la implementación de normas internacionales de protección a las personas, transacciones económicas y lucha contra el crimen organizado” (2009-2010).

*Economy which set export duties of 5% to certain milk products, without discriminating the destination of them, i.e. including members and as well as non-members of the Southern Common Market (MERCOSUR). In this way, and after a long judicial process, in October 2009 Argentina's Supreme Court of Justice (CSJN) requested an advisory opinion to the Permanent Review Court of the MERCOSUR, asking the question "Does the Treaty of Asunción require Member States of MERCOSUR the obligation not to impose duties on exports of goods which are originated in one of them and which have another Member State as its final destination?" This article describes the historical circumstances surrounding the Argentine governmental measure, and then analyzes three specific issues related to the request of the advisory opinion by the Supreme Court: 1) the place of international law in the Argentine legal system, 2) the procedural legitimacy of the decision of the Court, and 3) some substantial topics involved in the requested advisory opinion.*

PALABRAS CLAVE: Mercosur – Cooperación Judicial - Opinión consultiva – Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur – Derecho Internacional y ordenamiento jurídico interno – derechos a la exportación

KEYWORDS: MERCOSUR - judicial cooperation - Advisory Opinions – MERCOSUR's Permanent Review Court – International Law and domestic law - Duties on Exports

## I. INTRODUCCIÓN

La solicitud de la opinión consultiva que analizamos en esta nota tiene su origen en los hechos del caso *Sancor Cooperativas Unidas Limitada c/ Administración Federal de Ingresos Públicos –Dirección General de Aduanas (AFIP-DGA)*. Éstos se iniciaron a partir de la Resolución Número 11/02 del Ministerio de Economía de la República Argentina que fijaba derechos de exportación de 5% a determinados productos lácteos, sin discriminar el destino de las exportaciones, es decir que incluye indistintamente a países miembros y no miembros del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)<sup>1</sup>.

De este modo, y luego de un largo proceso judicial, el pasado 6 de Octubre de 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) argentina hizo lugar a la solicitud de la parte actora Sancor y ordenó solicitar una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR<sup>2</sup>, según lo previsto por el Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias en el MERCOSUR<sup>3</sup>, para lo cual sólo analizó los recaudos previstos por el Reglamento del Protocolo de Olivos aprobado por el Consejo del Mercado Común donde se exigen los siguientes elementos: a) que la opinión consultiva sea requerida por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados miembros con

---

<sup>1</sup> Acuerdo de Integración Regional nacido a partir del Tratado de Asunción (PY) de 1991 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, a los cuales adhirieron, Venezuela como miembro pleno y Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú como miembros asociados. v. [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy)

<sup>2</sup> Auto S. 346. XLIII en SANCOR CUL (TF 18476-A) C/ DGA disponible en <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>

<sup>3</sup> El Protocolo de Olivos fue firmado el 18 de febrero de 2002 en la Ciudad de Olivos (AR) y tiene por finalidad modificar el mecanismo de Solución de Controversias del Mercosur regulado hasta la entrada en vigor de este por el Protocolo de Brasilia firmado en Brasilia (BR) el 17 de diciembre de 1991.

jurisdicción nacional en causas que se encuentren sometidas a trámite en el Poder Judicial solicitante; y b) que se refieran exclusivamente a la interpretación de la normativa del MERCOSUR, que a su vez debe estar vinculada con la causa en trámite que genera la opinión consultiva.

Para la C.S.J.N. ambos requisitos surgen inequívocamente. En consecuencia, la Corte estima pertinente la solicitud, sin entrar a valorar cuestiones de fondo o de oportunidad. La pregunta formulada dice: “¿El Tratado de Asunción impone a los Estados miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?”

En las líneas que siguen presentaremos las circunstancias históricas de la medida propiciada por el Estado argentino e impugnada por Sancor y analizaremos la decisión judicial, haciendo hincapié en tres elementos: 1) el lugar del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico argentino, 2) las cuestiones de legitimación que surgieron en el proceso y 3) las cuestiones de fondo de la medida.

## **II. EL CONTEXTO POLÍTICO, SOCIAL Y ECONÓMICO DE LA MEDIDA**

### **1. Los hechos**

El ex presidente Fernando De la Rúa asumió la presidencia de Argentina en diciembre de 1999, en medio de una recesión económica, favorecida por la sobrevaluación de la moneda nacional y por los “contagios” provenientes de las crisis económicas internacionales que se habían materializado sucesivamente en México (1994) – Sudeste Asiático (1997) – Brasil (1999). A partir de 1998 la Argentina había sido escenario del inicio de un proceso de salida de capitales extranjeros, resultado que se produce al menos por dos causas importantes: la desconfianza que significaba imaginar al país sudamericano como el próximo eslabón en la secuencia de estados insolventes y por la persistencia, tanto de los gobiernos de Menem (1989-1999), como del propio De la Rúa (1999-2001), a mantenerse dentro del esquema de la convertibilidad monetaria con el dólar<sup>4</sup>. Si bien dicha política económica había resultado efectiva durante los primeros años de la década de 1990, en el contexto que analizamos, la sobrevaluación del tipo de cambio producía deflación, déficit de balanza comercial, saldo negativo en la cuenta capital y en consecuencia, déficit en la balanza de pagos. Todas las cuentas nacionales mostraban resultados “en rojo” y buscaban una solución de fondo, mediante la

---

<sup>4</sup> La convertibilidad fue una medida de política monetaria, que precisamente consistía en la ausencia de política monetaria, toda vez que se fijaba una paridad cambiaria entre el peso argentino y el dólar estadounidense. De esta manera, se prohibía al Banco Central de la República Argentina, emitir moneda sin el correspondiente respaldo en moneda extranjera. Los primeros años de la medida fueron exitosos, porque detuvo la crisis hiperinflacionaria de los años 1989-1991 y las reservas del Banco crecieron sostenidamente por el ingreso de divisas que se originaba en el proceso de privatizaciones de las empresas públicas, no obstante, con el correr del tiempo la medida se transformó en una faja que fue asfixiando la economía por la falta de adaptación al cambio de las circunstancias internacionales.

profundización de políticas de endeudamiento internacional a través de los organismos internacionales de crédito o en el mercado privado de capitales, pero cada vez pagando mayores tasas de interés.

A final de noviembre de 2001, el sistema bancario colapsó por la fuga de capitales. El Ministerio de Economía reaccionó imponiendo restricciones al retiro de depósitos bancarios, lo que se denominó popularmente como “corralito”<sup>5</sup>, provocando una reacción negativa generalizada, especialmente de la clase media, que catalizó el tránsito del proceso desde una crisis económica hacia una crisis política. Un mes más tarde, los días 19 y 20 de diciembre de 2001 se caracterizaron por los famosos “cacerolazos”<sup>6</sup> al ritmo de una canción cuya letra predicaba “Que se vayan todos...” resultando al final la dimisión del presidente de la Rúa<sup>7</sup>.

La crisis política no había concluido con esa renuncia, sino todo lo contrario: en cortísimo lapso de diez días siguieron al caído presidente de la Rúa otros cuatro presidentes (Ramón Puerta -presidente provisional del Senado-, Adolfo Rodríguez Saá -Gobernador de la Provincia de San Luis-, Eduardo Camaño -Presidente de la Cámara de Diputados- y Eduardo Duhalde -Senador de la Provincia de Buenos Aires-), todos miembros del Partido Justicialista, opositores al gobierno anterior, quienes por las internas partidarias fueron tratando de crear alianzas para la formación de un gobierno de transición. Lo efímero de la posesión del poder no fue condición para la toma de decisiones trascendentales en la vida de la República. Rodríguez Saá, en su primer discurso a la Asamblea Legislativa que lo había designado, declaró la cesación de pagos de las obligaciones internacionales de la Argentina<sup>8</sup>; Eduardo Duhalde, también en su primer discurso a la misma Asamblea, ordenó la devaluación de la moneda<sup>9</sup>.

En términos macroeconómicos, según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC)<sup>10</sup>, el periodo recesivo e inmediato posterior a la crisis (junio de 1998 a 2002 inclusive) representó los siguientes resultados. El PBI sufrió una pérdida del 19,5% acumulado, registrándose el mayor descenso en el último año de la crisis con un decrecimiento del 10,9%. El aumento de la inequidad en la distribución de la riqueza fue arrollador. La pobreza alcanzó al 51,4% de la población, la indigencia al 42,6% de los pobres y la desocupación al 21,5%, todos niveles récord para el país. Las reservas del banco central cayeron un 63% acumulado, registrando una caída de 43% durante el año 2002. Los ingresos fiscales se desmoronaron un 8.5%.

El giro de orientación política fue contundente, transitando desde la aplicación de políticas neoliberales características del “consenso de Washington” hacia políticas con una fuerte intervención estatal a fin de contener la trama social y económica de un país desarticulado por la crisis. Este cambio implicó el aumento del gasto público, lo cual

---

<sup>5</sup> Ver [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=356311](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=356311)

<sup>6</sup> Ver [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=360761](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=360761)

<sup>7</sup> Ver [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=361035](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=361035)

<sup>8</sup> Ver [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=361787](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=361787)

<sup>9</sup> Ver [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=363776](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=363776)

<sup>10</sup> Ver <http://www.indec.mecon.ar>

unido a la reducción de ingresos fiscales propios y la salida de capitales extranjeros, urgió al Estado a aplicar nuevos impuestos a los sectores que, en alguna medida, se habían visto beneficiados por el nuevo contexto posterior a la devaluación. Estos sectores fueron principalmente los productores de materias primas y productos industriales primarios, que a raíz de la devaluación monetaria aumentaron su competitividad y, por tanto, sus exportaciones, que fueron objeto de impuestos especiales, conocidos como “retenciones”<sup>11</sup>, que se comenzaron a aplicar a partir de 2002, logrando los objetivos perseguidos, esto son, por un lado aumentar los ingresos tributarios a fin de sostener el nivel de gasto público creciente, corrigiendo el déficit fiscal y por otro, morigerar los efectos secundarios negativos de un tipo de cambio real alto producto de la devaluación.

Algunos autores<sup>12</sup> señalan que esta política comercial no es novedosa en el escenario argentino, toda vez que desde 1930 la imposición de derechos a la exportación, como instrumento fiscal, ha sido utilizada por los diferentes gobiernos en tiempos de crisis y como mecanismo de crecimiento de los ingresos tributarios del tesoro nacional. No obstante NOGUÉS resalta una cuestión importante; las regulaciones comerciales tanto multilaterales como regionales muestran un claro contraste entre el tratamiento que se le brinda a las barreras a la importación y a los derechos de exportación. En el caso argentino, esta diferencia podemos observarla en el caso que analizamos: si bien las primeras, se han mostrado estables, lo cual es atribuido por el autor a la presión normativa emergente de la OMC y al arancel externo común del MERCOSUR, no ha sucedido lo mismo en el caso de los derechos a la exportación, que en los últimos años se han modificado en sentido ascendente. Esta variación es explicada por NOGUÉS como consecuencia de la inexistencia de normas multilaterales o regionales reguladoras del comercio internacional sobre los derechos a la exportación<sup>13</sup>

Éste es el contexto de la norma cuya legalidad debe evaluar la Corte Suprema de la Nación argentina y que está en el centro de la opinión consultiva solicitada, es decir, la Resolución Número 11/02 del Ministerio de Economía de la República Argentina, que fija derechos de exportación de 5% a determinados productos lácteos, entre los que se encuentran los producidos por Sancor Cooperativas Unidas Limitada.

## **2. La medida controvertida**

Las partes han propuesto diversas interpretaciones que cuestionan o justifican la constitucionalidad de las disposiciones de la Resolución Número 11/02 del Ministerio de Economía. Estos argumentos pueden ser sintetizados en los siguientes términos:

---

<sup>11</sup> Los derechos de exportación –llamados comúnmente retenciones- constituyen erogaciones cuya obligación de tributación nace en virtud del paso por aduana de los productos alcanzados por tales tributos. Son abonados por los exportadores luego de su declaración en aduana y la retención del tributo se produce al momento de la liquidación de la exportación, aunque también es frecuente el pago de adelantos al Estado por futuras exportaciones.

<sup>12</sup> NOGUÉS, J.J., “The Domestic Impact of Export Restrictions: The Case of Argentina”, en *IPC Position Paper – Agricultural and Rural Development Policy Series - International Food & Agricultural Trade Policy Council*, Washington, Julio de 2008, p. 6.

<sup>13</sup> NOGUÉS, J.J. op cit. p. 6

- a. La parte actora considera que la disposición normativa del Estado argentino que imponen derechos a la exportación es inconstitucional, pues viola las obligaciones internacionales consagradas por el Tratado de Asunción (TA) que prevén la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias y de cualquier otra medida equivalente<sup>14</sup>, toda vez que los artículos 31 y 75, incisos 22 y 24, disponen el rango supra legal del derecho internacional sobre el derecho interno. Asimismo, la actora estima que cuando el tratado se refiere a derechos aduaneros, no solamente se refiere a derecho a la importación, sino que incluye derecho a la exportación.
- b. La parte demandada estima que no obstante reconocer que en el derecho internacional existen disposiciones que son operativas y otras programáticas, la actora no ha demostrado que las disposiciones que cita a su favor –entiéndase el artículo 1 del TA- sean operativas, agregando que para la accionada, el TA es, en sí mismo, programático y no operativo, motivo por el cual no puede deducirse la existencia de un compromiso asumido por la Argentina de abstenerse a establecer derechos a la exportación, sobre todo, cuando la Resolución Ministerial encuentra base legal en la delegación de competencias formulada por el propio Congreso de la Nación y fundamento en el grave deterioro de los ingresos fiscales durante la devastadora crisis político - económica originada en 2001.

Los argumentos de la demandada fueron sostenidos por el Tribunal Fiscal de la Nación en la primera instancia del proceso. Este Tribunal confirmó las resoluciones de aduana fundadas en la Resolución Ministerial aludida y constituye el argumento estructural del Procurador General de la Nación en su dictamen ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien a su vez agregó dos cuestiones: a) la imposición de derechos a la exportación, no compromete, en principio, el comercio con otros Estados socios; y b) el tipo de decisiones atacadas por la parte actora involucra una cuestión de oportunidad, mérito o conveniencia sobre la cual no corresponde que los tribunales entren a juzgar. Es decir que, según el criterio del Procurador General de la Nación, se trataría de una “cuestión política no justiciable”.

En el sentido contrario, los argumentos de la parte actora fueron recogidos por la Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso-Administrativo Federal en la segunda instancia del proceso, que revocó la resolución del Tribunal Fiscal de la Nación y dio lugar a la interposición del Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por parte de la Dirección General de Aduanas. Finalmente, en el marco de la tramitación de este último escalón judicial, la actora solicita a la Corte Suprema, que requiera al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR una Opinión Consultiva a fin de esclarecer por medio de este instrumento interpretativo el alcance de las obligaciones emergentes del TA. Este acto procesal está dotado de una doble relevancia, por una parte, marca el inicio de una cooperación interjurisdiccional entre los tribunales internos de los Estados miembros del MERCOSUR y el Tribunal

---

<sup>14</sup> Artículo 1, segundo párrafo del Tratado de Asunción.

Permanente de Revisión del MERCOSUR, por tratarse de la primera solicitud de opinión consultiva formulada por la Corte Suprema argentina y por otro lado, trae aparejada la oportunidad de escuchar a un tribunal internacional, con relación a una materia controvertida y en la que aparentemente existiría un vacío legal sujeto a la interpretación jurisprudencial.

### **III. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA**

#### **1. El derecho internacional en el orden jurídico interno argentino**

El sistema constitucional argentino de la Constitución de 1853, que rigió hasta 1994, se caracterizaba por contener una norma que establecía la jerarquía normativa de todo el ordenamiento jurídico. El artículo 31 de la Constitución Nacional (CN) estipulaba que “la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados internacionales con las potencias extranjeras son ley suprema de la nación”. Por más de un siglo, esta norma que establecía una relación de paridad normativa, estructuró la relación entre las citadas normas dentro del sistema jurídico. Los resultados, como podía esperarse de dicha indeterminación jerárquica, fueron disímiles: la actuación de la Corte Suprema por momentos dio primacía al derecho interno sobre el internacional y en otros, operó a la inversa, mediante la aplicación del principio general del derecho “*lex posteriori derogat priori*”.

De todas formas, a comienzos de la década de 1990 se produjeron dos acontecimientos que cambiarían la regulación de la estructura normativa del ordenamiento jurídico argentino. El primero se debe a una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo a en el fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”<sup>15</sup> que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados -vigente en la Argentina desde 1980- en especial el artículo 27, confería primacía al derecho internacional sobre el derecho interno, por lo tanto, ya no era correcto sostener que “no existía fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley”, como lo había manifestado en fallos anteriores.<sup>16</sup> Esta doctrina la volvió a sostener un año más tarde, cuando en 1993, en la causa “Fibraca c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”<sup>17</sup>, la Corte Suprema sostuvo que los tratados internacionales están por encima de las leyes ordinarias y por debajo de la Constitución Nacional.<sup>18</sup>

El segundo de los acontecimientos relevantes fue la propia reforma constitucional de 1994, a partir de la cual se introduce el artículo 75, inciso 22, que reconoce que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes de la Nación. Asimismo, en dicho artículo se enumeran una serie de tratados y declaraciones pertenecientes al

---

<sup>15</sup> Revista *La Ley*, 1992-C-540, Buenos Aires.

<sup>16</sup> Revista *Fallos*, 257:99 y 271:7

<sup>17</sup> Revista *El Derecho*, del 23 de septiembre de 1993.

<sup>18</sup> EKMEKDJIAN, M.A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Vol. 4, p. 614

sistema de derecho internacional de los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, aunque conforme a la opinión mayoritaria de la doctrina constitucionalista argentina, los tratados enumerados están a la altura de la Constitución Nacional, pero no forman parte de ella<sup>19</sup>. Y en caso de existir algún aparente conflicto debería ser resuelto por medio de una interpretación sistémica y armoniosa por parte de los jueces, cabe mencionar que en el asunto Arancibia Clavel, el entonces Juez de la Corte Boggiano manifestaba en su voto (en mayoría) “(...) La armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente (...) no pueden (los tratados) ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido susceptible de ser atribuido al constituyente (...) los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías (...) las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (...)”<sup>20</sup>

Con relación a los tratados de integración, hay que tener en cuenta que la Reforma de 1994 incluyó el inciso 24 al artículo 75, por medio del cual se formula una distinción entre diversos tratados. En efecto, la primera categoría enumerada en el inciso 22 del artículo 75 se refiere a los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Luego encontramos los tratados de integración del inciso 24 del artículo 75 y dentro de este inciso podemos clasificar a los tratados en dos: un primer grupo formado por los acuerdos de integración con países latinoamericanos y un segundo grupo formado por acuerdos de integración con países no latinoamericanos. La distinción surge de las diferentes mayorías y número de votaciones en el parlamento que exige la Constitución para aprobar unos y otros.<sup>21</sup>

Es notable que el inciso 24 del artículo 75 de la Constitución no sólo hace mención al derecho originario de los bloques de integración, sino que otorga “jerarquía superior a las leyes” a las normas dictadas en su consecuencia, es decir, el derecho derivado de las organizaciones supra-estatales o supra-nacionales de un tratado de integración. Por lo tanto, incluso al derecho derivado o secundario de la integración se le reconoce supremacía normativa frente a las regulaciones de derecho interno.

Por último, encontramos una tercera categoría de tratados, que estará formada por el resto de los tratados internacionales de los cuales la Argentina sea parte, que no están

---

<sup>19</sup> EKMEKDJIAN, M.A., op. cit. p. 621; BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1995, Vol. 4, p. 555; DROMI, R. y MENEM, E., *La Constitución Reformada*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 259; ZARINI, *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 82.

<sup>20</sup> Revista *La Ley* 2004-E, 827, Buenos Aires

<sup>21</sup> La Constitución Nacional requiere en el artículo 75 inciso 24, que la aprobación de estos tratados (de integración) con Estados de Latinoamérica cuente con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara y en el caso de tratados (de integración) con otros Estados, el Congreso de la Nación, cuente con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara para declarar la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá aprobar el tratado de integración con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

enumerados en el texto constitucional, que no pueden ser incorporados al texto constitucional por medio de una acción legislativa del Congreso de la Nación -por no constituir tratados de derechos humanos- y que no requieren ni mayorías especiales, ni declaraciones de conveniencia -por no constituir tratados de integración- La diferenciación entre estas tres categorías de tratados podría ser interpretada, a su vez, como una jerarquía de los tratados en el sistema jurídico argentino.

En este sentido, DRNAS de CLÉMENT manifiesta que para determinar la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho interno, no podemos basarnos solamente en consideraciones fundadas en el derecho argentino, sino que debemos tomar en cuenta ciertos aspectos sustantivos del derecho internacional que determinan la jerarquía de los tratados entre sí, los que deben ser interpretados en el contexto del derecho internacional como un todo, aspecto contemplado de modo implícito por el artículo 75 de la Constitución Nacional.<sup>22</sup>

Si bien con posterioridad a la reforma constitucional no existen dudas acerca de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, la aplicación sigue enfrentándose a un problema concreto que proviene de la distinción entre tratados operativos y programáticos, diferenciación que emanó de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, donde la Corte sostuvo que “los tratados son operativos cuando contengan disposiciones lo suficientemente concretas de los supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”. Según EKMEKDJIAN, esta debería haber sido la redacción que constara en la Constitución Nacional reformada en 1994<sup>23</sup>, toda vez que de acuerdo a la redacción actual, cada vez que se pretende incorporar un tratado de derechos humanos a la nómina, debe activarse el procedimiento de incorporación, lo cual implica, de hecho, una modificación constitucional<sup>24</sup>. No obstante, esta creación jurisprudencial anterior a la reforma, ha dado lugar a una interpretación *contrario sensu*, que implica considerar la existencia de

---

<sup>22</sup> DRNAS de CLÉMENT, Z, Constitución Nacional y Jerarquía de los Tratados Internacionales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

<sup>23</sup> EKMEKDJIAN, M.A., op. cit, p. 614

<sup>24</sup> Hacemos referencia a que la “incorporación” de un tratado de derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución Nacional implica una reforma constitucional porque el Congreso de la Nación, sin ser un poder constituyente -propriadamente dicho-, por las propias facultades que otorga la Constitución Nacional, puede ampliar la nómina de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, mediante el procedimiento que contempla el propio artículo 75, inciso 22, *in fine* cuando reza “(...) los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional” El término “incorporación” no es utilizado en el sentido de la teoría dualista del derecho, sino de que lo hacemos con un sentido instrumental, para significar la ampliación de la nómina de tratados de derechos humanos que gozan de la jerarquía constitucional. De hecho, desde la Reforma de 1994, el texto del artículo 75 inc. 22 ha cambiado en dos oportunidades, cuando se incorporaron a la lista de tratados con jerarquía constitucional, los siguientes instrumentos internacionales: por medio de la Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y por medio de la Ley 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

tratados programáticos aún cuando del texto constitucional no surge una distinción de este calibre, lo cual resulta en la posibilidad procesal de solicitar la no aplicabilidad directa del derecho internacional en la medida en que no se demuestre que sus cláusulas son operativas.

En el caso concreto que analizamos también se ha utilizado esta línea de argumentación que pretende diferenciar entre tratados operativos y programáticos por parte del Procurador General de la Nación, que por otra parte es un argumento habitual en las instancias judiciales argentinas. Al respecto, cabe recordar que durante la tramitación de la controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, sustanciada durante el año 2006 como consecuencia de las protestas de los vecinos de la localidad argentina de Gualaguaychú por la instalación de dos plantas de celulosa en la localidad uruguaya de Fray Bentos, situada en la rivera uruguaya del Río Uruguay, que consistían en cortes del tránsito de los puentes que comunican a ambos países. En efecto, la defensa argentina sostuvo en ese caso que “es cuestionable si se encuentra plenamente vigente la obligación de libre circulación de mercancías que surge del Tratado de Asunción y sus normas complementarias (...) toda vez que las metas del Tratado de Asunción no se han alcanzado en su plenitud”<sup>25</sup>. Esto hace presumir que la Argentina entiende que los tratados internacionales contienen cláusulas operativas y otras programáticas, y que en el caso del artículo primero del Tratado de Asunción, las partes se han comprometido a desarrollar un proceso de integración, y como la palabra misma lo indica, “proceso” implica variabilidad, por lo tanto, en la medida que estas metas no se logren en su totalidad, no resultarían obligaciones exigibles para las partes contratantes.

Ante esta argumentación argentina, el Tribunal Arbitral *ad hoc* resolvió que aun cuando la premisa argentina sea cierta, en el sentido que los “procesos de integración” son dinámicos, esa dinámica es siempre evolutiva o progresiva y tiene como consecuencia la cristalización de las “situaciones de integración” que se van logrando, algo que a su vez impediría desandar los caminos transitados y destruir los logros conseguidos. En palabras del propio Tribunal “lo andado hasta el momento ha generado vínculos ciertos y en vigencia que implican compromisos exigibles entre los Estados Partes”<sup>26</sup>. Por consiguiente, es plausible sostener que el argumento del Procurador General de la

---

<sup>25</sup> Párrafo 102 del laudo 02/2006 “Uruguay c. Argentina por la omisión de la Argentina en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales que unen ambos territorios”. Cabe mencionar que, en ese mismo contexto, la Argentina demandó al Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia por la supuesta violación del Estatuto del Río Uruguay y con fecha 20 de abril de 2010. La CIJ dictó sentencia en el mencionado asunto resolviendo: (1) que Uruguay ha infringido las obligaciones procesales de cooperación con Argentina y la Comisión Administrativa del Río Uruguay (CARU) durante el desarrollo de los planes para las fábricas de celulosa CMB (ENCE) y Orion (Botnia); y (2) que Uruguay no ha infringido obligaciones sustantivas de protección del medio ambiente previstas en el Estatuto del Río Uruguay al autorizar la construcción y puesta en funcionamiento de la fábrica de celulosa Orion (Botnia). El texto completo de la sentencia está disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>.

<sup>26</sup> Párrafo 103 y 104 del laudo 02/2006 “Uruguay c. Argentina por la omisión de la Argentina en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación en los puentes internacionales que unen ambos territorios”

Nación en este asunto resultase inapropiado en instancias de decisión supranacionales de integración, como se ha demostrado en el precedente de este tribunal arbitral.

## **2. El Derecho del Mercosur: las opiniones consultivas**

Tras la firma del Tratado de Asunción en 1991, por medio del cual se crea el MERCOSUR, los Estados Miembros acordaron dotar al bloque de una estructura institucional definitiva, conseguida en diciembre de 1994 mediante la firma del Protocolo de Ouro Preto. La regulación del procedimiento de resolución de controversias que pudieran surgir de la aplicación del derecho originario o derivado del MERCOSUR se concretó algo más tarde en el Protocolo de Brasilia de 1995. Esta regulación rigió durante casi una década y estuvo caracterizada por un alto contenido político en el proceso de solución de diferencias, ya que la decisión sobre la creación de un tribunal arbitral *ad hoc* venía precedida de una prolongada e intensa participación de los órganos políticos.

En enero de 2002 se firma el Protocolo de Olivos, por medio del cual se reformula tanto el procedimiento de solución de diferencias, como la estructura de los órganos jurisdiccionales. Por un lado, mediante este Protocolo se simplificó el procedimiento mediante reglas que permiten agilizar la constitución de un tribunal *ad hoc*. Por otro lado, en relación con la estructura jurisdiccional, el Protocolo de Olivos creó el Tribunal de Revisión Permanente (TPR), con competencia contenciosa y consultiva. La competencia consultiva se regula mediante la decisión 37/03 del Consejo de Mercado Común, cuyos rasgos esenciales pueden resumirse de la siguiente forma:

- a. Con relación a la legitimación activa para solicitar opiniones consultivas, la decisión del CMC considera como legitimados activos: (1) a todos los Estados Miembros actuando conjuntamente; (2) a los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR; y (3) los Tribunales Superiores de Justicia con jurisdicción nacional.
- b. Si atendemos al objeto de las opiniones consultivas, la decisión del CMC estipula que las solicitudes pueden versar sobre “cualquier cuestión jurídica”<sup>27</sup> relativa al derecho del MERCOSUR y, en el caso específico de las opiniones consultivas emanadas de los Tribunales Superiores de Justicia, las preguntas tendrán por objeto la “interpretación de la normativa MERCOSUR” añadiendo la exigencia de que dicha normativa esté “vinculada a causas que se encuentren en trámite del Poder Judicial del Estado solicitante”. Asimismo, cada uno de los Poderes Judiciales de los Estados Miembros deberá tener procedimientos internos que permitan articular las solicitudes de opiniones consultivas pro parte de los Tribunales Superiores a instancia del resto de la estructura judicial del Estado. Estos datos permiten caracterizar al sistema procedimiento como un

---

<sup>27</sup> Una expresión idéntica a la que establece la Carta de Naciones Unidas en su artículo 96 en relación con el objeto de las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia. Sobre el tema, ESPÓSITO, C., *La función consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 81-83.

“mecanismo de cooperación judicial directo”<sup>28</sup>, en cierto grado similar al procedimiento de la cuestión prejudicial en la Unión Europea y de la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina. En efecto, la “cuestión prejudicial” del derecho de la Unión Europea tiene por finalidad colocar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como intérprete supremo del derecho comunitario europeo, órgano encargado de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por los jueces y tribunales nacionales de los estados miembros, asegurando la correcta aplicación del Derecho Comunitario.<sup>29</sup> En cuanto a la “interpretación prejudicial” de la Comunidad Andina, se trata de una práctica que ha favorecido el desarrollo y la evolución del derecho de la integración, que se ha convertido en un verdadero instrumento de cooperación entre el órgano comunitario y el órgano nacional.<sup>30</sup>

En ambos casos, las características de la cuestión prejudicial de la UE y del recurso de interpretación prejudicial de la CAN son: a) el órgano solicitante es un juez nacional u órgano jurisdiccional, que tiene la facultad de pedir la cuestión o recurso prejudicial -en el caso de no ser la última instancia de resolución interna- o la obligación de consultar -si es la última instancia de resolución nacional o, en el caso del derecho comunitario europeo, se tratase de una cuestión de validez-; b) el órgano exhortado a interpretar el derecho comunitario es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de la Comunidad Andina; c) la interpretación comunitaria tiene carácter vinculante y tiene efecto general, aunque en algunos casos podrían admitirse nuevas preguntas formuladas por otros jueces sobre la misma cuestión en casos similares; d) la materia de interpretación la constituye una norma de derecho comunitario destinada a ser aplicada en un caso concreto que se tramita ante los estrados judiciales nacionales del juez recurrente.

- c. En cuanto al efecto jurídico de las opiniones consultivas emanadas del TPR, el CMC dispuso que estas no serán vinculantes. Por lo tanto, tendrán sólo un efecto orientativo sobre el sentido de la norma que se somete a interpretación. En otras palabras, la adopción del contenido de la opinión consultiva es una decisión discrecional de los órganos solicitantes.

Otro de los puntos interesantes del reglamento del Protocolo de Olivos se refiere a las razones por las cuales el TPR puede negarse a responder una opinión consultiva. El Protocolo prevé dos causas: a) la improcedencia surgida por (i) la falta de legitimidad activa del requirente o (ii) la elección de un foro extraño al MERCOSUR para la tramitación de una causa principal; y b) la existencia de un procedimiento de solución de diferencias, o su inicio con posterioridad a la solicitud de opinión consultiva y con

---

<sup>28</sup> PEROTTI, A.D., “Rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Valor jurídico de las Opiniones Consultivas. Acordada N° 13/08 de la Corte Suprema”, en *Temas del Cono Sur - Dossier de Integración*, Febrero 2010, pp. 16-17.

<sup>29</sup> ALONSO GARCIA, R., *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucionales ordinarias frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>30</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Caso Louis Vuitton, 6-IP-93 de fecha 25 de febrero de 1994, publicada en III tomo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, p. 101.

anterioridad a la respuesta del tribunal, que verse sobre la norma que se requiere interpretar.

Con posterioridad se adoptaron cuatro decisiones normativas de los órganos decisorios del MERCOSUR relativas a las opiniones consultivas del TPR. Tres de ellas se refieren a cuestiones de mero funcionamiento del órgano<sup>31</sup>, mientras que la otra enuncia los elementos sustanciales que debe incluir la solicitud del requirente. Esta última, la Decisión 02/07, establece que la solicitud de opinión consultiva debe contener los siguientes elementos: a) la exposición de los hechos, b) el objeto de la solicitud, c) la motivación, y d) la indicación de la norma mercosureña que se requiere interpretar.

El TPR ha emitido tres opiniones consultivas. En la primera opinión consultiva se desarrollaron algunas apreciaciones críticas sobre su carácter jurídico, afirmando que

“En realidad, aplicando al escenario de un sistema de solución de controversias dentro de un proceso de integración, y en especial en cuanto a las consultas originadas en los órganos judiciales nacionales, el concepto de opiniones consultivas resulta incorrecto. En verdad se trata de interpretaciones prejudiciales o en todo caso de consultas prejudiciales.”<sup>32</sup>

Además, se puso de manifiesto que el carácter no vinculante de la opinión consultiva para el juez nacional que la solicita en el curso de un procedimiento principal “desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación judicial”. Añadiendo que esta característica “atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración que es lograr una interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme en todo el territorio integrado (...)”<sup>33</sup>.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el TPR instó respetuosamente a que las autoridades pertinentes mejorasen la regulación de las opiniones consultivas para ponerlas en armonía con las del derecho comparado en relación tanto con “el carácter obligatorio del planteo de la consulta, así como del carácter vinculante de la respuesta del TPR.”<sup>34</sup>

Tal como lo ha manifestado el TPR, la naturaleza de las opiniones consultivas del MERCOSUR, se encuentra más próxima al instituto procesal europeo, que a las opiniones de la Corte Internacional de Justicia

Finalmente, no podemos dejar de valorar que la regulación del derecho a solicitar opiniones consultivas, aun con los límites que la caracterizan en el ámbito del MERCOSUR, constituye para el derecho del Mercosur un paso adelante en la

---

<sup>31</sup> La decisión 17/04 del CMC relativa a la creación del Fondo especial para Solución de Controversias, y las Resoluciones 40/04 y 41/04 del GMC relativas a honorarios emergidos a la opiniones consultivas.

<sup>32</sup> Opinión Consultiva del TPR 1/2007 considerando Nro. B.1.

<sup>33</sup> Opinión Consultiva del TPR 1/2007 considerando Nro. B.4.

<sup>34</sup> Opinión Consultiva del TPR 1/2007 considerando Nro. B.4.

construcción de un sistema jurídico regional. Así lo ha señalado la doctrina<sup>35</sup> con especial referencia a tres situaciones:

Primero, en los supuestos de incumplimiento del derecho mercosureño por un Estado Parte del cual es nacional el afectado o en el cual éste tiene la sede de sus negocios, la opinión consultiva es la única opción de la que dicho particular dispone para obtener el respeto de sus derechos, pues el sistema clásico de solución de controversias del MERCOSUR, en los supuestos de reclamos de un particular, exige que la denuncia sea realizada por éste ante dicho Estado, que si lo considera conveniente, podrá endosar la reclamación y plantearla en el GMC. Por ello, si el infractor del derecho regional es el propio Estado, el particular no podrá quejarse, ya que es imposible que el mismo Estado se autoincrimine ante el MERCOSUR demandándose a sí mismo. **Es relevante señalar que el éxito de este mecanismo dependerá también del uso que hagan de él los particulares, los operadores jurídicos y los magistrados nacionales.**

Segundo, con relación al control de legalidad de las normas mercosureñas, el sistema clásico de solución de controversias del bloque no regula ningún recurso directo –ni aún iniciado por un Estado Parte– en el cual pueda impugnarse la validez de un acto de las instituciones del MERCOSUR (CMC, GMC y CCM) por infringir, por ejemplo, el Tratado de Asunción o el Protocolo de Ouro Preto. Por lo tanto, la vía consultiva se constituye como un mecanismo para que los tribunales nacionales faciliten la posibilidad de que el TPR revise la compatibilidad del derecho derivado con relación al derecho originario del MERCOSUR.

Tercero: Ante esa situación, la concesión a los tribunales nacionales de legitimación consultiva al TPR evitaría el riesgo de aplicación no uniforme del Derecho MERCOSUR en el territorio de los Estados miembros. La opinión consultiva, constituye un instrumento fundamental para armonizar la interpretación del derecho, un gran paso para la seguridad jurídica en la aplicación e interpretación coherente del derecho del MERCOSUR, al establecer una jurisprudencia que de certeza y afirme el ordenamiento jurídico comunitario.

De todos modos, tampoco podemos dejar de señalar que por otra parte de la doctrina es menos optimista en cuanto a las potencialidades del instrumento, toda vez que consideran al mecanismo poco dinámico, no operativo e ineficaz, lo cual es visible por

---

<sup>35</sup> PEROTTI, A.D., op. cit. pp. 21-22, OLIVAR JIMENEZ, M., “El derecho del MERCOSUR y el derecho internacional – La lucha por independencia” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nro. 18, Año 2009, p. 21, PEROTTI, A.D., “El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional” en *DeCitas. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, No. 3, 2005, Ed. Zavalía, Buenos Aires, pp. 551-560, DIAZ LABRANO, R., “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de los tribunales superiores de los Estados parte”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Año 2006, p. 632. DREYSIN de KLOR, A. La primera opinión consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?, *Revista Española de Derecho Europeo*, Nro. 23, Año 2007, pp. 459 y ss.

el poco uso que hacen los jueces de este<sup>36</sup> Asimismo, se sostiene que el proceso regional tiene un tinte típicamente intergubernamental, del cual el TPR es un reflejo que termina por reflejar un apego a la política y un alejamiento a la institucionalización sólida. Para DREYSIN de KLOR el mecanismo de Opiniones Consultivas del MERCOSUR es un avance, pero insuficiente,<sup>37</sup> para lo cual continúa propiciando la creación de una Corte Suprema de Justicia del MERCOSUR como herramienta de fortalecimiento institucional del bloque regional.<sup>38</sup>

### **3. El aspecto procesal del asunto**

La cuestión procesal controvertida en el caso que examinamos es la legitimad activa del requirente de la opinión consultiva. Así se pone de manifiesto en el voto disidente de la Juez Highton de Nolasco, quien considera que el Reglamento del Protocolo de Olivos, efectuado por el Consejo del Mercado Común, restringe dicha legitimidad a los Estados miembros actuando en conjunto o a los Tribunales Superiores de Justicia con competencia Nacional en causas que se encuentren en trámite. Por tanto, a su parecer, en el caso concreto, la C.S.J.N. debería omitir recurrir a este instrumento de consulta dado que los particulares no tienen acceso directo al Tribunal regional y resulta improcedente que la Corte recurra por la reclamación de un particular. En otras palabras, la Juez argumenta que no hay legitimación activa en la medida en que los particulares no tienen acceso al sistema de solución de diferencias del MERCOSUR y no les ha sido reconocida la posibilidad de solicitar opiniones consultivas al Tribunal de Revisión Permanente. En consecuencia, a su parecer, no sería posible dar trámite a la presentación de SANCOR.

El voto de la mayoría hace caso omiso a los argumentos de la Juez Highton de Nolasco y considera que, de acuerdo al Reglamento del Protocolo de Olivos, la cuestión de la legitimidad activa está salvada toda vez que es la Corte quien presentará la solicitud al Tribunal de Revisión Permanente para que emita una opinión consultiva: la acción de SANCOR sólo ha consistido en proponer, dentro de las facultades de las partes en un proceso judicial, un instrumento viable y útil para la interpretación de las normas regionales. En efecto, de acuerdo al artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, las partes tienen libertad de prueba en el proceso y la opinión consultiva se presenta como un instrumento idóneo para probar la interpretación del Tratado de Asunción conforme al criterio del órgano comunitario facultado al respecto. Asimismo, los propios jueces podrían hacerlo por las facultades que les otorga el artículo 36.4.b del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando se les permite que en cualquier estado de la causa, los jueces decidan la comparecencia de las partes, testigos, peritos o consultores técnicos como medida de mejor proveer. En este caso, la opinión de los jueces del Tribunal Permanente de Revisión se configura como la opinión más idónea para la interpretación de una norma mercosureña.

---

<sup>36</sup> DREYSIN de KLOR, A. “El MERCOSUR: Escenario de nuevas opiniones consultivas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Nro. 32, Año 2009, p. 543

<sup>37</sup> DREYSIN de KLOR, A. (2009) op. cit. p. 559

<sup>38</sup> DREYSIN de KLOR, A. (2007) op. cit. p. 460, DREYSIN de KLOR (2009) op. cit. p. 560.

Pero es más contundente la atribución que otorga la propia Corte Suprema por medio de la acordada 13/2008, que regula la facultad otorgada por el Reglamento del Protocolo de Olivos, cuando menciona en el artículo 1 del anexo de la acordada que “todos los jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.”<sup>39</sup>

En virtud de estos argumentos jurídicos, la Corte consideró que la parte actora tenía legitimación activa para solicitar a la Corte el requerimiento de una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y, en consecuencia, en una decisión que compartimos, hizo lugar a la solicitud de la parte actora.

#### **4. La cuestión sustancial del asunto**

En la etapa previa a la decisión definitiva de la Corte emerge otro argumento conflictivo presentado por la Procuraduría de la Nación. Nos referimos a la definición del objeto de la opinión consultiva como una “cuestión política no justiciable”. Esta calificación de la Procuraduría se basa en que, según su parecer, la imposición de derechos a la exportación, que la accionante impugna, se funda en la crisis fiscal en la que se encontraba el país en el año 2002. Sobre la base de este argumento se sostiene que la Corte debería abstenerse de pronunciarse sobre la cuestión y, consecuentemente, denegar la solicitud de la parte actora, toda vez que el objeto de las opiniones consultivas sólo puede estar constituido por una “cuestión jurídica” y el objeto en este caso sería “una cuestión política”<sup>40</sup>.

Es interesante analizar una potencial pretensión de la Procuraduría de la Nación de filtrar las “cuestiones políticas” como un motivo válido para fundar una restricción a las libertades recogidas en los tratados de integración. En este sentido, en el ámbito del MERCOSUR, el art. 2b del Anexo 1 del Tratado de Asunción incorpora, por referencia, las excepciones al libre comercio recogidas por el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 que crea la Asociación Latinoamericana de Integración<sup>41</sup>. Asimismo, el TPR, en

---

<sup>39</sup> Cf. la obligación de solicitar sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según el derecho de la Unión, que en algunos Estados miembros, como el español, se han incluso configurado como un derecho fundamental al juez natural. ALONSO GARCÍA R. y BAÑO LEÓN, J. M., “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *REDA*, vol. 29, 1990, págs. 193 y sigs.; y, en general, ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>40</sup> Cf. el mismo argumento en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que hasta el momento siempre ha denegado que las cuestiones jurídicas presentadas ante la Corte tuvieran que ser rechazadas por constituir cuestiones políticas. Ver ESPÓSITO, C., *op. cit.*, pp. 85-89.

<sup>41</sup> El art. 50 TM dice: “Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: a) Protección de la moralidad pública; b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares; d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; e) Importación y exportación de oro y plata metálicos; f) Protección del patrimonio nacional de valor

el laudo 01/2006, trajo a colación para la evaluación de la cuestión que analizaba la categoría “exigencias imperativas de interés público”, creada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (T.J.C.E.), sumando dichas exigencias a las razones invocables para justificar una restricción al libre comercio<sup>42</sup>. Lo importante en este asunto es que, más allá de la discusión sobre si “la fragilidad fiscal” o “emergencia económica” aducida por el Procurador General como fundamento excepcional de la normativa interna atacada por la parte actora constituye o no una causa de justificación del incumplimiento de una obligación internacional como la que se encuentra en la base de esta controversia, i.e. la obligación de los Estados miembros de no establecer derechos aduaneros, esta es claramente una cuestión jurídica y, por tanto, un claro objeto de una opinión consultiva.

Existe otro tema recurrente en los argumentos en contra de la solicitud de opinión consultiva, que se relaciona la afirmación de que la imposición de esos derechos a la exportación no produce daños al resto de los socios del MERCOSUR.<sup>43</sup> Si esto fuese cierto, este sería un argumento que se asemejaría a la defensa de las “cuestiones abstractas” en la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia, que si bien tiene sentido en el ámbito contencioso<sup>44</sup>, carece de fundamento para bloquear la función consultiva de un tribunal<sup>45</sup>. En todo caso, como en el argumento anterior, este es un asunto que requiere una respuesta jurídica y, por tanto, puede ser objeto de una opinión consultiva ante el TPR. Conviene adelantar que, en nuestra opinión, la posición que defienden estos argumentos es muy difícil de sostener con cierta plausibilidad, aunque sólo sea porque en un proceso de integración como el del MERCOSUR, que supone una fuerte interdependencia entre sus miembros, es cada vez más difícil encontrar situaciones en las que la decisión de un Estado carezca de repercusiones sobre sus socios<sup>46</sup>. Pero, además, en el caso concreto, podría impugnarse dicho argumento de la ausencia de efectos sobre los socios comerciales de la Argentina desde el punto de vista sustantivo, pues el aumento del precio de los productos argentinos exportables por la imposición de derechos aduaneros a la exportación significa necesariamente una disminución en los límites de consumo de los consumidores extranjeros, que ya no acceden a productos en las condiciones que existían con anterioridad a la aplicación del

---

artístico, histórico o arqueológico; y g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.”

<sup>42</sup> Entre estas nuevas causales de justificación de creación jurisprudencial, A partir de la sentencia Cassis de Dijon (120/78, rec. p. 649), se encuentran “la eficacia de controles fiscales, lealtad de las transacciones comerciales, defensa de los consumidores o del medio ambiente” y a partir de la sentencia Schmidberger “la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones de libre circulación de factores”.

<sup>43</sup> Ver Considerando Nro. 4 del dictamen del Procurador General de la Nación y Considerando 6 del Voto de la Juez de la C.S.J.N. Highton de Nolasco.

<sup>44</sup> Asunto de los *ensayos nucleares*, ICJ Reports 1974, p. 272 (Australia c. Francia) o ICJ Reports 1974, p. 477 (Nueva Zelanda c. Francia). También el asunto de *Camerún del Norte*, ICJ Reports 1963, p. 34.

<sup>45</sup> Ver ESPÓSITO, C., op. cit., pp. 89-91.

<sup>46</sup> RAYA DE VERA, E.B., “Comentario sobre el fallo de la Corte argentina sobre la opinión consultiva en el Mercosur” en *Temas del Cono Sur - Dossier de Integración*, Febrero 2010, p. 10.

derecho de exportación. Es muy difícil sostener lo contrario sin desconocer principios básicos de la teoría económica y la integración regional.

En su voto, la Juez Highton de Nolasco afirma que la Corte no debía solicitar la Opinión Consultiva no sólo por razones de falta de legitimación activa<sup>47</sup>, sino también por razones de fondo. En relación con el fondo o contenido de la cuestión, la Juez Highton de Nolasco repite la idea del daño o vínculo con otro Estado Miembro, que acabamos de impugnar y reafirma la exigencia de encontrar un “elemento extranjero” para justificar la solicitud de una opinión consultiva. Al respecto, se debe señalar que dicha exigencia no surge ni del protocolo de Olivos, ni de su desarrollo reglamentario. El único requisito que impone ese conjunto normativo es la necesidad de interpretar una norma de fuente institucional -derecho del MERCOSUR- que sería aplicable al caso concreto. Teniendo en cuenta esta consideración, se puede calificar el voto de la Juez Highton de Nolasco como una opinión que implica una interpretación extremadamente restrictiva de la norma que regula el procedimiento de solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión. Esta posición restrictiva es coherente con la idea de que la actuación judicial en este ámbito supera las competencias estrictas de la Corte Suprema de Justicia Argentina y puede “poner en riesgo el estado actual de la evolución del proceso de integración y sobre todo, la consistencia de los logros alcanzados en el ámbito del Mercosur”.

La mayoría de los miembros de la Corte Suprema de Justicia argentina adoptaron una posición diferente y votaron a favor de la solicitud de una opinión consultiva, abriendo de esta manera una nueva etapa de cooperación interjurisdiccional que podría ayudar a desarrollar y consolidar el derecho del MERCOSUR y el proceso de integración entre sus Estados miembros.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

A modo de conclusión, cabría destacar que la importancia de la solicitud de opinión consultiva que hemos considerado en estas páginas radica en que puede ser el inicio de una cooperación interjurisdiccional entre los tribunales internos de los Estados miembros del MERCOSUR y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. En efecto, este punto de partida podría consolidar una práctica saludable que estimule el desarrollo de la integración regional.

Por otra parte, esta opinión consultiva nos permite destacar la relevancia de la oportunidad de escuchar a un tribunal internacional sobre una materia controvertida -derechos a la exportación- en la que aparentemente existiría un vacío legal -multilateral y regional- sujeto a la interpretación jurisprudencial.

Por último, estas iniciativas también suponen un mayor control de la actividad judicial, ya que ayudan a seguir los asuntos y analizar la actitud de los magistrados nacionales

---

<sup>47</sup> *Supra* parte III.C.

*Cooperación interjurisdiccional en el MERCOSUR: La primera solicitud de opinión consultiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: el caso Sancor*

cuando reciban las opiniones consultivas solicitadas al TPR y deban resolver las causas que tramitan ante sus tribunales, a fin de constatar si el procedimiento comunitario sólo reviste un carácter formal o si los jueces acatan la interpretación del tribunal regional y dotan a las opiniones consultivas del TPR de una obligatoriedad “de facto”.