



Estudios del CURI

LAUDO N° 01/2012 DEL T.P.R.

Un vacío imposible de llenar

Heber Arbuét-Vignali

Daniel Vignali Giovanetti

Consejo Uruguayo

para las Relaciones Internacionales

3 de octubre de 2012

Estudio No 08/12

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

LAUDO N° 01/2012 DEL T.P.R.

Un vacío imposible de llenar.

Por Heber Arbuet-Vignali ¹ y Daniel Vignali Giovanetti ².
El Pinar y Montevideo, julio-septiembre 2012.

Sumario. **1. Gusto a poco.** **2. El reclamo de Paraguay:** a. Su objeto; b. La competencia del Tribunal ; c. Argumentos sobre la ilegitimidad de la suspensión de Paraguay; d. Argumentos sobre el ilegítimo ingreso de Venezuela; e. Faltas de motivación como defecto formal de la Decisión y de la Declaración impugnadas; f. Responsabilidad, reparación y prueba; g. Daños y reserva de derechos; h. Petitorio. **3. La respuesta de Argentina, Brasil y Uruguay:** a. Objeto; b. La incompetencia del Tribunal ; c. Argumentos sobre la legitimidad de la suspensión de Paraguay; d. Argumentos sobre la legitimidad del ingreso de Venezuela; d. Petitorio. **4. El laudo:** a. Su estructura; b. Competencia en razón de materia; c. Procedencia de los medios excepcionales de urgencia; d. Posibilidad de acceso directo al T.P.R.; e. La disidencia; f. La decisión. **5. Nuestra opinión:** a. Introducción; b. El ámbito socio jurídico que correspondía al laudo; c. Excepcionalidad de la situación; d. Posición del Tribunal al resolver el asunto; e. Lo que pudo hacer y no hizo el Tribunal ; f. La disidencia minoritaria: el art. 1 del P.O.; g. La disidencia minoritaria: la decisión 23/04; h. El consentimiento para abrir la jurisdicción; i. Los daños causados por omisión; j. En conclusión.

1. Gusto a poco.

Siendo esta la sensación que como juristas nos queda el leer el laudo, para respaldarla no podemos dejar de citar una frase de nuestro Maestro en el Derecho Internacional Público, el Profesor Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga. Según nos recuerda D. Buonomo, 1998, 9, en el homenaje que se le hiciera a Juan Zorrilla de San Martín, uno de nuestros poetas más significativos y a la vez catedrático de Derecho Internacional Público entre 1899 y 1907, el Maestro Jiménez de Aréchaga expresaba: “Los profesores de Derecho Internacional Público, no deben limitarse a ser exclusivamente intérpretes o neutros expositores del derecho vigente; es una ciencia en trance de progreso y evolución, y que necesita de ese progreso para subsistir como tal ciencia, deben también ser guías alertas que contribuyan a su perfeccionamiento. Con este fin, el deber del profesor de Derecho Internacional Público es, no sólo presentar el sistema de derecho vigente, sino también enjuiciarlo, pronunciarse sobre si es o no acertado, poner en relieve sus defectos y vicios y los modos de “perfeccionarlo”.

Este juicio de quién sentó las bases jurídicas y metodológicas de la Escuela de Montevideo de Derecho Internacional Público -la que, después de su desaparición física, continuáramos sus discípulos directos y los de la Escuela que el mismo conformó, procurando perpetuarla al transmitir sus ideas a los nuestros- resultan muy significativas. Se adecua a los principios de su Escuela creadora de una nueva teoría general sobre la naturaleza, la creación, la interpretación y la aplicación del Derecho Internacional Público, la que se aparta del jusnaturalismo y del positivismo y toma algo de ambos al tener en cuenta las realidades políticas sin apartarse de los principios jurídicos. Esta reflexión de Jiménez de Aréchaga, además de significativa y dirigida a sus discípulos -los profesores de Derecho Internacional Público-, también es referible a los

¹ Discípulo directo del Prof. Eduardo Jiménez de Aréchaga. Antiguo Catedrático de Derecho Internacional Público. Premio CONICYT a la investigación jurídica 1999-2003. Miembro y antiguo Director del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales,

² Discípulo de la Escuela de Eduardo Jiménez de Aréchaga; Profesor Adjunto Grado 3 en Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho UDELAR. Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de la Empresa (UDE).

jueces y árbitros que actúan en la aplicación práctica de esa disciplina, máxime cuando los mismos son, a la vez, profesores de ella.

Desde esta perspectiva crítica analizaremos el laudo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (T.P.R.) en el caso planteado por la República de Paraguay reclamando ante las Repúblicas Argentina, Federativa de Brasil y Oriental del Uruguay, solicitando se resolviera la inaplicabilidad y el levantamiento de la suspensión que se le impusiera y la inaplicabilidad y la inmediata suspensión de los efectos del ingreso de Venezuela al Mercosur. Como se recordará, el último obstáculo que se presentaba para el ingreso de Venezuela era la no ratificación de Paraguay al acuerdo en que se proponía su incorporación.

Como juristas, el laudo nos parece técnicamente correcto y, dentro del estado civilizado y de paz, debe ser considerado como una declaración jurídica que dice la verdad, por lo que debe aceptarse aunque se discrepe con su contenido, el cual marca el camino que de ahora en adelante debe seguir el Mercosur. Pero como profesores, si bien reconocemos que la decisión procesal es correcta y que la interpretación seguida es jurídica, también pensamos que cabía otro posicionamiento procesal, que hubiera abierto el camino al Tribunal para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Si con valentía, aplicando las mismas normas a que se refiere el fallo, hubieran adoptado en su interpretación y aplicación, no una posición conservadora y pacata como se hizo, sino de apertura y desarrollo del derecho³, quizá se hubiera podido conducir al Mercosur hacia otros rumbos.

A la luz de lo acontecido y, teniendo presente la posición de tres de los Estados miembros del Mercosur y del T.P.R, podríamos concluir que -según los deseos y las convicciones políticas de dichos miembros- el sistema retrocede a un estado de naturaleza donde la fuerza prima al quedar el derecho relegado y sometido a los intereses políticos; ingresando, además, en un estado de guerra, ya que no hay tercero imparcial (ver H. Arbuet-Vignali 2012 t/p, Capítulos 2 y 3) que pueda resolver el fondo de los asuntos que dividen a las partes, porque el T.P.R., con razón técnica, pero con miopía política y jurídica, se excusa de hacerlo.

2. El reclamo de Paraguay.

a. Su objeto. Paraguay solicita que se abra el procedimiento excepcional de urgencia con el fin de ser reinstalado inmediatamente en sus derechos en el Mercosur, conculcados por la decisión de la Reunión de Presidentes del Mercosur, realizada en Mendoza (Argentina) el 29 de junio 2012, en la cual Argentina, Brasil y Uruguay resuelven confirmar la suspensión del derecho de Paraguay a participar en los diferentes órganos del Mercosur, la que se extenderá hasta la asunción de un nuevo Presidente elegido democráticamente en ese país. La sanción se fundamenta en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, Bolivia y Chile del 24/07/998 (P.U., que puede verse en www.mercosur.int/msweb/.../es/archivos/destacado4_es.doc)⁴, cuyo art. 3 dispone que en caso de ruptura del orden democrático en cualquiera de sus Estados Partes, se abrirá el procedimiento del art. 4 que establece que los “...Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre si y con el Estado afectado” y que, de confirmarse a través de este

³ Como en similares circunstancias lo hiciera el Tribunal de las Comunidades Europeas presidido por Pierre Pescatore, llevando a los Estados a aceptar la superioridad de la norma comunitaria, su aplicación inmediata y otras características jurídicas que vigorizaron el sistema y lo condujeron a lo que hoy es, aún teniendo en cuenta sus actuales dificultades, que son económico-financiera, pero, de ninguna forma jurídico institucionales.

⁴ El Protocolo de Ushuaia establece que “La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración...” (art. 1) y se agrega que “Este Protocolo se aplicará.....entre los Estados partes.....en caso de ruptura del orden democrático en alguno de ellos” (art. 2).

procedimiento tal ruptura, se impondrán sanciones al responsable del quebrantamiento, una de las cuales es, según el art. 5, la aplicada ⁵.

Para adoptar esta decisión se consideró que el juicio político seguido al Presidente Lugo por el Parlamento paraguayo entre el 21-22 junio 2012 y que culminara con su destitución y reemplazo por el Vicepresidente en ejercicio Federico Franco, había configurado la “ruptura del orden democrático” prevista en el P.U. como determinante de la sanción ⁶.

Paraguay pide, además, que se abra la jurisdicción del T.P.R. para reclamar por lo que también entiende son sus derechos conculcados: la declaración de los tres presidentes, que incorpora a Venezuela como miembro pleno del Mercosur a partir del 31 de julio 2012, la que se hizo en la misma reunión, sin la presencia de Paraguay y sin que éste haya expresado su conformidad con la misma.

Para fundar estos reclamos Paraguay expone tres líneas de argumentaciones: una primera se extiende sobre la competencia del T.P.R. para pronunciarse sobre el fondo de ambos asuntos; en segundo lugar, alega sobre la nulidad de su suspensión; y por último sobre la nulidad de la incorporación de Venezuela. Nosotros analizaremos los argumentos expuestos por Paraguay en cuanto a la competencia del T.P.R. para expedirse sobre el fondo del asunto y señalaremos, mas sucintamente los argumentos de los alegatos sobre el fondo del asunto⁷. Adoptamos esta vía de análisis porque solo resulta interesante considerar los aspectos procesales, ya que el laudo del T.P.R. sólo se refiere a la amplitud de su jurisdicción, declarándose no competente para entrar en el fondo del asunto⁸.

b. La competencia del Tribunal . Paraguay funda la competencia del T.P.R. en el caso, en primer lugar en la Decisión Consejo Mercado común (CMC) N° 23/04 la que establece el procedimiento para atender Casos Excepcionales de Urgencia (Decisión 23/04)⁹, dictada de acuerdo a lo dispuesto en el art. 24 del Protocolo de Olivos (P.O., ver en E.Rey Caro 2002)¹⁰,

⁵ Art. 5: “Cuando las consultas mencionadas.....resulten infructuosas, los demás Estados partes....., considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos. El art. 6 dispone que las medidas serán adoptadas por el consenso de los Estados y comunicadas al Estado afectado, el que no participará del proceso decisorio y entrarán en vigor cuando se le comuniquen. Finalmente dichas medidas cesarán cuando se verifique “...el pleno restablecimiento del orden democrático, lo que deberá tener lugar tan pronto ese restablecimiento se haga efectivo” (art. 7).

⁶ La descripción de los sucesos que precipitaron el juicio político del Presidente Lugo y los acontecimientos inmediatos a este, pueden verse en H.Arduet-Vignali 2012, Numerales 2 a 4.

⁷ Lo mismo haremos posteriormente con las alegaciones de la defensa, donde, dadas las circunstancias interesa analizar detenidamente sus argumentos acerca de la no competencia del T.P.R. y someramente aquellos sobre el fondo del asunto.

⁸ Esto determina que no existen elementos para analizar opinión alguna del T.P.R. sobre estos asuntos, aunque, lateralmente algunas frases pueden dar pistas y serán consideradas. Sobre todos los aspectos del fondo del asunto hay opiniones emitidas en H.Arduet-Vignali 2012, las que compartimos. Ver supra llamada 7.

⁹ La Decisión 23/04 establece, en el art. 1, el procedimiento para resolver los casos excepcionales de urgencia del art. 24 del P.O.; dispone en el art. 2 que “Cualquier Estado Parte puede recurrir ante el T.P.R....” cuando se cumplan dos requisitos: “a. que se trate de bienes perecederos, estacionales, o que por su naturaleza y características propias, perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve período de tiempo, si fueran retenidos injustificadamente en el territorio del país reclamado; o de bienes que estuvieran destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado Parte importador. b. que la situación se origine en acciones adoptadas por un Estado Parte, en violación o incumplimiento de la normativa Mercosur...”. Los literales siguientes agregan dos requisitos más: c. que se puedan producir daños graves e irreparables; d. y que respecto a ellos no haya controversia en curso. El art. 3 determina los requisitos para presentar la demanda, entre los cuales se incluye la identificación de los bienes involucrados y en el art. 6 fija el plazo para expedirse el T.P.R. sobre la procedencia de la solicitud “...y comprobado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el art. 2.....podrá ordenar...”.

¹⁰ “Art. 24. Medidas excepcionales de urgencia. El C.M.C. podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes”.

remitiéndose a su art. 2 b, dónde se expresa que los Estados Partes pueden concurrir ante el T.P.R. por esa vía cumpliendo ciertos requisitos; y de ellos Paraguay cita: “b. Que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por un Estado Parte en violación o incumplimiento de la Normativa Mercosur vigente...”¹¹.

También y subsidiariamente funda la competencia del Tribunal en el Tratado de Asunción (T.A., ver en J.Pérez Otermin, 1995). el Protocolo de Ouro Preto (P.O.P., ver en J.Pérez Otermin 1995) y, especialmente, en el art. 1 del P.O., que expresa: “ 1. Las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del T.A., del P.O.P., de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del T.A.¹², de las Decisiones CMC, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), serán sometidas a los procedimientos del presente Protocolo”. Esta argumentación también se apoya en el art. 23 del P.O. que abre el acceso directo de las partes al T.P.R. cuando ellas, culminando los procedimientos de los arts. 4 y 5 (realizar negociaciones directas previas que se agotan en 15 días), acuerden “1. Las partes.....podrán acordar expresamente someterse directamente y en única instancia del T.P.R., en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad-hoc..... 2...los laudos del T.P.R. serán obligatorios para los Estados Partes.....no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes, fuerza de cosa juzgada”. Paraguay también argumenta que, de adoptarse esta vía procesal, en el caso y dadas las circunstancias, las exigencias de negociaciones directas y previas que señalan los arts. 4 y 5, son “...de cumplimiento imposible y, por ende, deben darse por agotadas...”, porque los Estados demandados “privaron arbitrariamente a Paraguay de participar en la cumbre de Mendoza, y.....decidieron también arbitrariamente su suspensión.....sin conceder(le) el derecho de defensa...”.

Posteriormente el alegato paraguayo se dedica a señalar la importancia y gravedad de los hechos por los que reclama: su suspensión injustificada del Mercosur y la incorporación de Venezuela a éste sin su participación. Destaca la gravedad que tendría para el equilibrio del sistema Mercosur el no resolver sobre el fondo del asunto, concluyendo que “...toda negativa de entender y.....la falta de pronunciamiento sobre el fondo, tendría como efecto afirmar que el Mercosur carece de un sistema jurídico para resolver una cuestión tan grave...”¹³. Se extiende luego sobre técnicas de interpretación y aplicación del derecho por los jueces, rechazando la idea del “...juez como mero aplicador de la ley...” (ver supra Numeral 1 # 1) y sostiene que en muchas ocasiones hay “...una zona de penumbra en la formulación de las normas jurídicas, lo cual hace imposible desconocer que en los casos más difíciles, el juez tiene una cierta discrecionalidad y se vuelve legislador intersticio...” (H.Hart, op.cit., 169), todo esto sujeto a su aplicación bajo la luz de principios jurídicos bien establecidos (R.Dworkin, 1988, 52).

Por último, antes de pasar a exponer los fundamentos de sus reclamos, la demanda señala que el juicio político seguido al Presidente Lugo fue correcto constitucionalmente, que la Corte Suprema de Justicia así lo declaró, que el enjuiciado lo acató y que se encuentra en libertad. Por

¹¹ Debe señalarse que la presentación de Paraguay no hace alusión al literal a del mismo artículo, el cual, como se verá, es muy importante en el análisis del asunto planteado (ver infra Numeral 3b ## 4 y 5).

¹² Entre estos instrumentos se incluye el P.U..

¹³ Este es un argumento de enorme significación, el que no fue atendido por el T.P.R., aunque si considerado por el voto disidente. Los hechos ocurridos en la cumbre de Mendoza, cuya legalidad y legitimidad han sido puestas en duda por una buena parte de la doctrina especializada, ha fragilizado la institucionalidad del Mercosur y ponen en duda la credibilidad de los compromisos que ha adoptado o que vaya a adoptar el con un tercer Estado o un grupo de ellos. Si ante hechos de esta naturaleza y gravedad, el máximo tribunal del sistema no se preocupa de esclarecerlos y de reorientar sobre bases claras las futuras actividades de la institución integradora; si sólo se limita a decir “No soy competente”, se abre un vacío imposible de llenar. Es cierto lo que alega Paraguay en cuanto a la gravedad que, en aquel momento revestiría y ahora ya reviste, la negativa de resolver el fondo del asunto, porque, entonces, se pondría (se pone) en evidencia que el Mercosur “...carece de un sistema jurídico para resolver una cuestión tan grave...”, siguiendo el pensamiento de J.Locke 1689, se estaría en estado de guerra, lo político superaría a lo jurídico, el más fuerte impondría su opinión y se entraría en un remolino de caos.

esta razón, agrega, el mismo no configura una ruptura del orden democrático ¹⁴. Adicionalmente, respecto al segundo asunto agrega que no se han agotado las instancias que permiten el ingreso de Venezuela como miembro pleno ¹⁵.

c. Argumentos sobre la ilegitimidad de la suspensión de Paraguay. Estos se vierten en el Capítulo III, dónde se reseñan. Se sostiene que la Decisión de suspensión fue adoptada por la Reunión de Presidentes, que no es un órgano competente, pues solo lo son aquellos enumerados por el art. 41 del P.O.P. ¹⁶; que se prejuzgó sobre la situación constitucional de Paraguay, sin darle a éste oportunidad de defenderse, ni cumplir la exigencia de hacer consultas previas establecidas en el art. 4 del P.U. ¹⁷. Se argumenta que las actuaciones de la Reunión de Presidentes violentan el Principio de No Intervención por juzgar en forma inconsulta cuestiones

¹⁴ Sobre los argumentos de Paraguay respecto a la apertura de la jurisdicción y de las consecuencias de no abrirla, nos pronunciaremos infra conjuntamente con nuestro comentario de las decisiones del Tribunal (ver infra Numerales 4 y 5 y llamada 26). En cuanto a que el juicio político realizado el 21 y 22 de junio se realizó de acuerdo a las disposiciones constitucionales del Paraguay y por ello no se configuró una ruptura del orden democrático que permitiera abrir los procedimientos prescriptos en los arts. 3 y 4 del P.U., coincidimos con la opinión de Paraguay por las razones expuestas en H.Arbut-Vignali 2012, 2, 3, 4 y 8 b. Asimismo no se produjeron alteraciones significativas del orden público, Lugo y sus partidarios se encuentran y siempre estuvieron en libertad, realizan actividades políticas partidarias libremente, y el orden en el país es el normal (ver infra llamada 47).

¹⁵ También coincidimos en que el ingreso de Venezuela no es correcto, al no haberse completado el trámite de procedimiento para el ingreso de un nuevo Estado parte al Mercosur, y esto por las mismas razones que se expresan en H.Arbut-Vinali 2012, Numerales 7 b y 8 c; ver también infra, llamadas 53 a 58.

¹⁶ No compartimos el argumento de Paraguay en cuanto a la incompetencia de la Reunión de Presidentes del Mercosur para disponer las sanciones comprendidas en el P.U. y suspender a un Estado Parte; ni consideramos correcto sostener que la competencia para ello pertenece a los órganos señalados en el art. 41 del P.O.P.. Es más, entendemos que ninguno de ellos puede ser el órgano en que pensaron los redactores del P.U., sino que, del contexto del mismo, resulta que el proceso sancionatorio requiere la constitución de un órgano ad-hoc.. El art. 41 P.O.P. determina cuales son las fuentes jurídicas del Mercosur, las normales y generales, pero, salvo la contundencia de la expresión “son” de su primera línea, que podría ser interpretada como una voluntad excluyente de la posibilidad de que existan otros órganos que creen otro tipo de normas, con diferentes requisitos y efectos de las Decisiones, Resoluciones y Directivas, nada hay en el artículo y su contexto que sustente esta pretensión de exclusividad. El art. 41 no cierra expresamente la posibilidad de que otros órganos dicten reglas con otros efectos particulares respecto a una situación, como lo hace el T.P.R., respecto al caso en que lauda. Estas reglas no serán normas jurídicas generales del sistema Mercosur, porque no emanan de sus fuentes habilitadas para crearlas, pero sí será legítimas y obligatorias para el caso respecto al cual se dictan y surtirán efectos, siempre y cuando se hayan aprobado en el marco y siguiendo las reglas de un acuerdo (tratado, protocolo) que así lo disponga. En el caso que tratamos, estas exigencias se concretan en el P.U. que, para tramitar el juicio e imponer sanciones en caso de rupturas al orden democrático, encomiando el procedimiento a “...los demás Estados partes, es decir a aquellos dónde no existen problemas y con exclusión de aquel en el cual se producen las alteraciones sospechadas de romper el orden democrático. En el momento en que deben iniciarse los procedimientos de investigación hay cuatro Estados partes en el ejercicio de todas sus atribuciones, uno de Ellos es sospechado y los demás encargados de investigar y decidir; en los órganos de decisión del Mercosur, en ese entorno temporal todos los involucrados, incluso el sospechado que aún no ha sido sancionado, mantienen todos sus derechos y obligaciones. Para iniciar los procedimientos en vistas de decidir sobre un posible quebrantamiento del orden democrático se impone la exclusión del sospechado (art. 4 P.U.) y por ello, para estos trámites no pueden ser competentes el Consejo, el Grupo o la Comisión, en dónde tienen derecho a actuar todos los Estados, incluso el que aún es sólo sospechado, ya que aún no ha sido suspendido. Tampoco se trata de la cumbre de Presidentes del Mercosur, porque mientras no haya sanción a ella concurren o deberían concurrir, los presidentes de todos los Estados partes. En consecuencias, el órgano que debe estar encargado de estos procedimientos debe ser un órgano ad-hoc, que se creará para el caso y que estará integrado por los demás Estados Partes con exclusión del sospechado, los que pueden ser representados por sus presidentes, como ocurrió en Mendoza y también anteriormente en Río, o por sus ministros o por delegados especiales. El grupo de tres presidentes que adoptó estas resoluciones tiene competencia para hacerlo, aunque en el caso puedan haber otras objeciones a su resolución (ver infra llamada 39).

¹⁷ Entendemos que en esto existe razón al Estado demandante porque las consultas (arts. 4 y 5 P.U.) no se realizaron y no pueden ser consideradas tales las gestiones concretadas por un grupo de Ministros de Relaciones Exteriores de UNASUR, porque ellas tenían otros propósitos y, fundamentalmente, porque las consultas deben ser hechas por el órgano competente que en este caso no fue el integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores presentes en aquellas gestiones, sino la reunión de Presidentes que, para resolver después, debieron ser ellos quienes realizaran las investigaciones antes. Ver H.Arbut-Vignali 2012, Numerales 8 b y 7 a 10 y también infra llamadas 36 a 39.

del exclusivo orden jurídico interno de Paraguay, más allá de lo acordado en el P.U., como consecuencias de no haberse realizado las consultas previas; que en las actuaciones se ha contradicho el Principio de cumplir de Buena Fe las obligaciones internacionales, porque no se cumplieron las exigencias del P.U. ni en su letra, ni en su espíritu, dado que no se realizaron las consultas con Paraguay prescriptas ¹⁸. También se dice que el art. 2 de la Decisión de los Presidentes contraviene otras normas del T.A. (los arts. 2 y 6) y del P.O.P. (los arts. 37 y 40); y señala que el Presidente de Uruguay, manifestó que, en las actuaciones “...lo político superaba ampliamente lo jurídico...”. Se afirma también que se ha violado el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados al cuestionar la decisión del Congreso de Paraguay dónde no existió ruptura del orden democrático¹⁹.

Se cierra la argumentación sobre este punto, insistiendo en que la Resolución de los Presidentes viola el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados haciendo abundantes citas a la Carta de las Naciones Unidas, a la Convención Panamericana sobre Derechos y Deberes de los Estados de Montevideo 1933, a Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (N^os. 375/IV, 2131/XX y 2625/XXV) y a la doctrina (H.Keksen, 1965).

d. Argumentos sobre el ilegítimo ingreso de Venezuela. El escrito también impugna la Declaración por la cual los tres Presidentes deciden la incorporación de Venezuela como miembro pleno, porque con ella “...han contravenido peligrosamente disposiciones fundamentales del Mercosur”.

Se señala que el Protocolo de Adhesión de Venezuela, suscripto por los cinco Presidentes el 04/07/06 establece que el mismo “...entrará en vigor el trigésimo día contado a partir de la fecha del depósito del quinto instrumento de ratificación” (art. 12), lo que es evidente que no ha ocurrido²⁰. También se sostiene que siendo Paraguay depositario del citado Protocolo, sus derechos como tal pueden verse afectados por la Declaración y cita en su apoyo los arts. 76.2 y 24 del C.Viena/969. Además se afirma que no se han cumplido con los requisitos exigidos por el art. 20 del T.A. ²¹, que exige para la incorporación de un nuevo Estado al sistema “...La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados partes”, remarcando que falta la de Paraguay, porque este aún no la ha internalizado, lo que es necesario ²²; también se hace referencia al art. 40 P.O.P. y se afirma que la Declaración viola las disposiciones del T.A., el P.O.P. y las del C.Viena/969 sobre celebración de los tratados. Se argumenta asimismo que la Declaración vulnera el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados y el de No Discriminación. Por último se señala la gravedad del hecho que determinó la exclusión de Paraguay de la cumbre de Mendoza, al negarle por la Secretaría Pro Tempore del

¹⁸ Entendemos que en el estado en que se encontraba la situación en el momento de la demanda, el que actualmente se mantiene, no hay elementos de prueba que puedan sustentar que los tres Estados partes intervinientes actuaron de mala fe; aunque la manera en que se aprovechó la suspensión de Paraguay para propiciar el ingreso de Venezuela al Mercosur, abre un interrogante sobre el punto. Respecto al Principio de No Intervención, éste ha sido violado por la decisión de suspensión, al pretender imponer una conducta interna al Estado paraguayo por haber actuado libremente de acuerdo a su Constitución, sin existir quebrantamiento de su orden democrático (ver H.Arbut-Vignali 2012, Numerales 8 b ## 2 a 6).

¹⁹ También en esto entendemos que le existe razón a Paraguay.

²⁰ Sin ser este el argumento más importante en el caso, ayuda para sostener la nulidad de la decisión de ingreso.

²¹ Art. 20. “El presente tratado estará abierto a la adhesión.....de los demás países de ALADI.....después de cinco años de vigencia.....No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo, las solicitudes presentadas por.....países de ALADI que no formen parte (de otros sistemas de integración).....La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados partes”.

²² Este es el argumento determinante y que compartimos, ya que el art. 20 requiere para la incorporación de un nuevo miembro la aprobación de todos los Estados partes y Paraguay, que no ha aprobado la incorporación de Venezuela, es un Estado Parte porque está suspendido por una Decisión viciada de nulidad de fondo y de forma; y, aunque la suspensión fuera correcta, Paraguay continúa siendo Estado Parte, aunque en la calidad de suspendido en sus derechos en los órganos del Mercosur ya que, sólo siendo Estado parte, puede ser suspendido por el sistema. Ver H.Arbut-Vignali 2012, Numeral 8 c.

Mercosur (Argentina), las acreditaciones a sus integrantes, lo que se considera una estrategia para lograr el ingreso de Venezuela. Se concluye pidiendo dejar sin efecto la Declaración.

e. La falta de motivación como defecto formal de la Decisión y de la Declaración impugnadas. En el Capítulo V la presentación paraguaya se detiene argumentando que la falta de motivación que indique los fundamentos en que se basan tanto la Decisión como la Declaración impugnadas, constituye un defecto formal que las invalida, afirmando que las mismas se dictaron con abusos de poder, como actos discrecionales, tratándose de actos reglados²³.

f. Responsabilidad, reparación y prueba. En el Capítulo VI se señalan las responsabilidades internacionales en que han incurrido los tres Estados que decidieron la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela, las que resultarían del incumplimiento de las normas del sistema Mercosur. Para sostener ello se citan varios artículos del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que “... condensa los principios de derecho internacional y el derecho consuetudinario.....en la materia”. Además se agrega que esta circunstancia obliga a los Estados infractores a reparar, restableciendo “...la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito “...lo que deberá hacer el Tribunal”²⁴. En el Capítulo VII, se señalan los elementos probatorios que se acompañan.

g. Daños y reserva de derechos. En el Capítulo VIII, Paraguay sostiene que “Los daños irreparables radican en (emergen de) la suspensión del derecho de la República de Paraguay de participar en los órganos del Mercosur y de las deliberaciones...”, y agrega “Dicha suspensión tiene la virtualidad de ser permanente y definitiva, pues en el Paraguay no cabe restablecimiento alguno del orden democrático, debido a que existe un pleno orden constitucional...”. Y se dice más adelante que “...el mero hecho de que Mercosur adopte disposiciones que tengan incidencia económica para los Estados Partes, sin la previa evaluación.....por parte de.....Paraguay, causará a este perjuicios económicos irreparables...”.

Se concluye afirmando que si se confirman la Decisión y la Declaración, “...Paraguay, como miembro pleno del Mercosur deberá ajustarse a normas mercosurianas adoptadas sin su consentimiento pero si con el de un quinto Estado incorporado sin su previa e ineludible conformidad” ²⁵. En el Capítulo IX, se reserva el derecho de concurrir ante otros foros internacionales.

²³ No compartimos la pertinencia de esta argumentación. Pensamos que trae a caso aspectos que resultan pertinentes en el derecho administrativo o constitucional internos, pero no en el marco de un sistema jurídico de coordinación dónde son los mismos sujetos reglados quienes, a la vez, hacen las normas que les reglarán y que, después de hechas les someten irremisiblemente hasta ser anuladas o modificadas siguiendo las reglas del sistema. Además entendemos que podían haberse elegido otros argumentos, dentro del marco del Derecho Internacional Público que hubieran aportado más a la posición sustentada, en lugar de este que las aparta del eje de argumentación y debilita el contexto.

²⁴ Nosotros entendemos que la responsabilidad existe, que ella no es del Mercosur como persona jurídica, sino de los tres Estados que arbitrariamente utilizaron la estructura institucional de la Organización para excluir indebidamente de ella a uno de sus miembros al que perjudicaron. Resulta claro para nosotros que para reparar esos daños debe cesar de inmediato la suspensión de Paraguay y tener por no producida la incorporación de Venezuela. Los daños patrimoniales y otros no institucionales resultarán más trabajosos de concretar.

²⁵ En efecto, las temerarias Decisión y Declaración de la Reunión de Presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay, han puesto al Mercosur en un estado de caos jurídico muy difícil de superar y reestructurar. Para nosotros todas las Decisiones, Resoluciones y Directivas que se adopten sin la presencia de Paraguay adolecen de nulidad relativa, la que sólo podrá sanearse con la aquiescencia expresa de Paraguay una vez reincorporado a las actuaciones de los órganos; esta aquiescencia deberá comprender también la incorporación de Venezuela como quinto miembro

h. Petitorio. Luego de las expresiones de rigor vertidas en el apartado 1, en el apartado 2, Paraguay solicita con carácter de urgente: “ a. La inaplicabilidad -y en consecuencia el levantamiento- de la suspensión.....del derecho del Paraguay de participar en los órganos del Mercosur y de las deliberaciones; b. La inaplicabilidad e inmediata suspensión de los efectos de la Declaración de Incorporación de....Venezuela al Mercosur...”.

3. La respuesta de Argentina, Brasil y Uruguay.

a. Objeto. La respuesta de Argentina, Brasil y Uruguay tiene por finalidad primaria el negar la competencia del T.P.R. y, secundariamente, para el caso que esto sea desechado y el Tribunal se entienda competente, reclamar que se mantengan firmes tanto la Decisión de suspensión de Paraguay, como la Declaración de incorporación de Venezuela. Para fundar esta pretensión, en el Numeral 1 del escrito de contestación expone las razones de porqué el Tribunal no es competente; y, en el Numeral 2 primero se expresan los argumentos que determinan la corrección de la suspensión de Paraguay, asunto al que le dedica el mayor espacio y esfuerzos y luego, más brevemente, se discurre sobre la legitimidad de la Declaración de incorporación de Venezuela. Finalmente, en el Numeral 3 se plantean los petitorios.

b. La incompetencia del Tribunal ²⁶. Se presentan tres argumentos: en primer lugar se cuestiona su competencia en razón de materia por cuanto, se sostiene, que el T.P.R. sólo tiene competencia en materia económico comercial y el asunto en consideración es de naturaleza política; además y para el caso, se sostiene que no es pertinente recurrir al procedimiento de urgencia del art. 24 del P.O. (ver el texto supra en llamada 10); y, para el supuesto de que el Tribunal no lo entienda así, porque no se habían realizado las negociaciones previas que este exige.

En razón de materia la contestación sostiene en el Numeral 1.1 que el asunto a laudar es de naturaleza eminentemente política y que el sistema de solución de controversias del P.O. está previsto sólo para atender cuestiones de naturaleza económico comercial. Esto resultaría del tipo de sanciones que se prevé en caso de incumplimiento de un laudo (art. 31 P.O. ²⁷), del histórico de los tribunales del sistema, que siempre atendieron casos de esta naturaleza y de sus laudos. Se afirma, además, que los asuntos que resultan del P.U., escapan al recurso de los tribunales del Mercosur, porque lo que en él se consagra es un principio fundamental de la integración y, para respaldar esta afirmación, se registra una historia de la cláusula democrática ²⁸ y se concluye diciendo que el P.U. “...transforma los anteriores compromisos políticos en instrumento jurídico...”. Se argumenta además que el P.U. representa una norma base del proceso de integración y que el T.A., el P.O.P., el P.O. y todos los demás instrumentos que conforman el conjunto normativo del bloque, deben, necesariamente, ser leídos a la luz del

pleno. Todo ello es posible, pero de difícil concreción dadas las heridas político diplomáticas que afectan al sistema.

²⁶ Respecto de los argumentos de la defensa sobre la incompetencia del Tribunal, al igual que los expuestos por Paraguay sobre su competencia (ver supra llamada 14), nos pronunciaremos infra (Números 4 y 5), al comentar las decisiones del Tribunal sobre estos aspectos.

²⁷ El inc. 1 del art. 31 del P.O., faculta a aplicar medidas compensatorias en el caso de incumplimiento de un laudo “.....tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes.....en primer lugar.....en el mismo sector o sectores afectados.....(o) en otro sector...”.

²⁸ Se jalona este proceso: Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, Las Leñas (Mendoza, Argentina) 26 y 27/06/992 y Declaración Presidencial de Potrero de los Funes (San Luís, Argentina) del 25/06/996, dónde se establece el compromiso de realizar consultas “para impedir una ruptura (del orden democrático) o deshacerla...”-

compromiso democrático; agrega que éste está por encima de todos aquellos “...simplemente la legitimidad de ellos emana de las instituciones democráticas”.

De todo esto se concluye que sin el P.U. no hay Mercosur ²⁹, y se termina afirmando: “De ahí que aparezcan límites verticales (sic) a la competencia del T.P.R., (que) no puede alcanzar.....aquello que le da existencia” ³⁰. Es este otro claro posicionamiento ideológico que no se funda en los textos jurídico al dejar, por ejemplo, de lado un axioma del Derecho Internacional Público que establece que los tratados solo obligan a sus Estados Partes. Tampoco de la letra y espíritu del P.U. resulta, como dice la defensa, que “Es el espíritu democrático inscripto en Ushuaia el que permite la continuidad de la integración económica, la aplicación del T.A., el del propio P.O.. No sólo está por encima del marco normativo comunitario, el compromiso democrático instituido en el P.U. va más allá de él.....Ushuaia sobrepasa los límites del bloque para alcanzar Estados que no son partes del Mercosur” ³¹. “La aplicación de las medidas contra el Estado afectado.....interesa.....a todos los Estados signatarios del P.U. y, ciertamente a toda América del Sur (sic)...”. Y se concluye: “El compromiso democrático instituido en el P.U. está por encima y más allá del marco normativo comunitario ³² en que se funda el sistema de solución de controversias del P.U.. De esto resulta que el sistema de Olivos, según la defensa, no es adecuado para dirimir los litigios que se originan en medidas aplicadas por la ruptura del orden democrático de un Estado parte de Ushuaia. De lo contrario estaría sometiendo a revisión una decisión eminentemente política,.....que el P.U. otorga en forma exclusiva a los Estados partes” ³³. A continuación formulan su petitorio.

Se expone también otra línea de argumentación para sostener la incompetencia del T.P.R. y ella se centra en que **en el caso no corresponde recurrir al procedimiento de urgencias del art. 24 del P.O.** (ver supra llamada 10) porque no se han cumplido todos los requisitos exigidos por la Decisión N° 23/04 que lo reglamenta, especialmente los del literal a. de su art. 2 que exige que el objeto del litigio sea la situación de bienes perecederos, que puedan perder sus propiedades o estar destinados a atender situaciones de crisis (ver supra llamada 9). Se agrega que la redacción del art. 2 de la Decisión C.M.C. N° 23/04, no deja dudas en cuanto a la exigibilidad de todos los requisitos, lo que se confirma en su artículo 6, así como en su art. 3 que pide que en la demanda se haga la identificación de esos bienes.

De esto concluye que el procedimiento de urgencia tiene una finalidad estrictamente limitada a casos específicos de naturaleza comercial y que en la Cúpula de Mendoza no se implementó

²⁹ Curiosa afirmación que deja en suspenso el interrogante sobre qué fue el sistema entre el T.A. de 1991 y P.U. de 1998. Tampoco se formula el fundamento jurídico sobre el cual se hace la tal afirmación, lo que conduce a que ella sea una mera manifestación de voluntad política.

³⁰ Además en un entusiasmo ideológico que deja perplejo a cualquier posicionamiento jurídico, en un escrito supuestamente jurídico, se agrega que el compromiso democrático del Mercosur inserto en el P.U. sobrepasa también los límites del Mercosur.

³¹ Si se quiere referir a Bolivia y Chile, se está equivocado porque ellos son parte del sistema Mercosur en su calidad de Estados asociados. Y si se refiere a otros Estados americanos, es absurdo. ¿Cómo encajaría en esta idea Cuba?

³² Esta denominación demuestra que existe en las cancillerías de los tres Estados demandados, o un profundo error y desconocimiento jurídico al pensar que el sistema Mercosur es de naturaleza comunitaria (ver infra llamada 34), o que se está recurriendo a un abuso de lenguaje que puede conducir a confusiones al usar ese término para calificar un sistema indiscutiblemente intergubernamental.

³³ Esta argumentación coloca a las razones políticas por encima de las normas jurídicas y las excluye de todo contralor jurisdiccional. Esto significa que pone a la voluntad desarreglada de los representantes de los Estados (Presidentes, ministros o meros diplomáticos) que integren el órgano ad-hoc (ver supra llamada 16) que analice la presunta violación de un orden democrático interno, por encima del orden jurídico. Y en consecuencias, le faculta, en materia tan importante, para imponer una solución caprichosa contra uno de los Estados partes, por ejemplo, expresar sin justificar o justificando inadecuadamente, que un Estado que ha cumplido con todas las exigencias de su Constitución y no ha hecho nada más que eso, ha quebrado su orden democrático interno y debe ser castigado suspendiéndolo; por el simple hecho de que ellos lo deciden y tienen la fuerza necesaria para imponerlo. Realmente es sorprendente que dentro del marco de un proceso jurisdiccional se recurra a este tipo de argumentaciones que destruyen el orden jurídico en aras de la discrecionalidad política retornándose al estado de naturaleza. Además es alarmante.

ninguna medida de naturaleza económico comercial, ni afectan ningún bien producido, exportado o importado de Paraguay.

En tercer lugar se sostiene que, además, **no se realizaron las negociaciones directas previas** exigidas por el art. 23 del P.O., para abrir la competencia (ver supra Numeral 2 b # 2, especialmente in fine). Dice que el requirente ni siquiera intentó hacerlas y que si bien alega la imposibilidad de cumplir con esa exigencia, está obligado a probar su alegación, cosa que no hace. Se concluye afirmando que tampoco existe un acuerdo expreso de Argentina, Brasil y Uruguay para someter la controversia directamente al T.P.R..

c. Argumentos sobre la legitimidad de la suspensión de Paraguay. El planteo que se hace en el escrito de defensa presenta los argumentos sobre el fondo del asunto para el caso de que el T.P.R. se considere competente (Numeral 2). Para ello: primero se ubica la decisión en el marco del P.U. (Numeral 2.1); después se analiza el procedimientos de éste (Numeral 2.2); y se concluye sosteniendo la legitimidad de la suspensión (Numeral 2.3), afirmando que se realizaron las consultas previas exigidas (Numeral 2.3.1), que los Jefes de Estado son competentes para resolver (Numeral 2.3.2), que las sanciones son las adecuadas (Numeral 2.3.3), explicando la naturaleza y fundamento de la decisión (Numeral 2.3.4), y procura explicar la existencia de un quiebre democrático en Paraguay (2.3.5) como consecuencias de la violación de los principios universales del debido proceso legal (Numeral 2.3.5.a) y por la carencia de fundamentación de los motivos de la decisión (Numeral 2.3.5.b).

Con posterioridad se vuelve a insistir sobre **la importancia del compromiso democrático en el P.U.**, el que, se insiste, “...está por encima y más allá del marco normativo comunitario (sic)”³⁴, agregando que el P.U. “...constituye un instrumento jurídicamente vinculante para asociar de modo absoluto, el principio democrático a la continuidad del proceso de integración sudamericana (sic)”³⁵. Se agrega que todos los demás instrumentos del sistema de integración

³⁴ Ya señalamos lo inapropiado que resulta el recurso a esta categorización (ver supra llamada 32). Debe reconocerse que desde diversos sectores se han sembrado confusiones. En el marco de los análisis doctrinarios del sistema Mercosur se han presentado opiniones desprendidas de la realidad jurídica que a éste sustenta y por ello voluntaristas, que han pretendido encontrar en él un sistema “comunitario”, que acepta el principio de la supranacionalidad. El desarrollo del propio sistema ha sembrado confusiones al afirmar que procura ciertas metas, las que si bien no exigen indispensablemente la supranacionalidad, sólo recurriendo a ella se podrían obtener resultados congruentes y satisfactorios (por ej.: creación de un mercado común, establecimiento de una zona aduanera, institucionalización de un parlamento regional, etc.), con lo cual se ha sembrado la duda sobre la voluntad política de encaminarse hacia un sistema supranacional. También en materia de incorporación de normas se han sembrado muchas confusiones en cuanto a la naturaleza jurídica del Mercosur. Nosotros siempre hemos sostenido la naturaleza jurídica intergubernamental que posee el sistema Mercosur, y esto por varias razones. Primero porque dos de sus Estados partes (Brasil y Uruguay) no están habilitados por sus Constituciones para integrar Organizaciones Internacionales supranacionales y los otros dos (Argentina y Paraguay) sólo están autorizados a hacerlo en condiciones de reciprocidad (paridad), la que no les puede ser brindadas por las otras dos partes (ver H.Arduet-Vignali 1999, especialmente Numeral 5). En segundo lugar porque los cuatro Estados Partes siempre han manifestado su voluntad política de integrar una Organización intergubernamental y han rechazado expresamente la supranacionalidad, lo cual es comprobable en la historia política de los cuatro países respecto a la integración. En tercer lugar porque no existe en el sistema ningún órgano cuyos soportes no respondan a las instrucciones políticas de sus cancillerías y que representen a los intereses del grupo como tal, con independencia de los intereses de los Estados en particular; tipo de órganos supranacionales que, ni siquiera se ha pensado instituir, como resulta imprescindible, para poner en funciones la unión aduanera y la efectiva vigencia el arancel externo común. En cuarto lugar porque el sometimiento de los Estados a una Organización supranacional, por la importancia de su significado, exige la existencia de una normativa clara y expresa que así lo establezca y el sistema Mercosur no dispone de ella y sus Estados partes mucho se han cuidado para no crearla (ver H.Arduet-Vignali, 1997, 1998, 2004 y 2004/1).

³⁵ Es evidente que el P.U. es un instrumento jurídicamente vinculante y que responde a una voluntad política que se fue concretando en Las Leñas primero y luego en Potrero de los Funes, pero su alcance se reduce exclusivamente en la actualidad a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, más, en su caso, a Bolivia y Chile y que está abierto para extenderse a otros países en ciertas condiciones, pero, a la fecha de la contestación, también es evidente que no alcanza a toda Sudamérica. Lo que sí puede alcanzar a ese grupo es la cláusula democrática de UNASUR, pero

económica del Mercosur “...tiene por presupuesto a la democracia...” y que toda ruptura de ese orden debe implicar el análisis del art. 5 del P.U. “...incluyendo la inmediata suspensión del Estado afectado”³⁶. Se introduce este punto reiterando que el interés de mantener la democracia sobrepasa los límites del Mercosur, se refiere a la UNASUR y concluye: sin democracia no hay Mercosur, ni tampoco otro tipo de integración en Sud América, ni paz, ni prosperidad en ella³⁷.

Luego se **describe y comenta el procedimiento del P.U.**, diciendo que él no establece formalidades vinculantes en cuanto a la forma de hacer las consultas y que éstas son para “...intercambiar informaciones, entre sí y con el Estado afectado para que éste considere revertir la actuación de ruptura del orden democrático y de no lograrse, para que los demás Estados evalúen la gravedad de la situación existente”³⁸. Se afirma que las consultas “...poseen naturaleza primordialmente política, con consecuencias jurídicas....porque son agentes políticos.....no jueces...” y, por ello, “No cabe hablar de las garantías del debido proceso legal...” y que cabe una analogía con las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas...”³⁹. Después de un párrafo muy oscuro, se termina afirmando que “Aquí, la legitimidad de la política encuentra un marco legal, el P.U., que asegura también validez jurídica...” concluye diciendo que

pretender unificar ambas instituciones puede ser la manifestación de un deseo político hacia el futuro, pero en la actualidad no existe base jurídica para sustentar la idea.

³⁶ La afirmación de que la suspensión es inmediata, no corresponde de acuerdo a lo establecido por los artículos 4 y 5 del P.U.. La suspensión requiere previamente la realización de las consultas. El texto del P.U., que técnicamente es muy malo por las oscuridades e incertidumbres que deja flotando, dice en el art. 4 “En caso de ruptura...”, pero en realidad debería decir algo así como “En caso de hechos que puedan configurar una ruptura ...”, porque de lo contrario se está condenando al Estado sospechado sin que haya actuado anteriormente el grupo de Estados que tomará la decisión sancionatoria y al que se le impone la realización de consultas “...entre si y con el Estado afectado...” (art. 4) y que recién “Cuando las consultas resulten infructuosas...” (art. 5), podrán proseguir con los procedimientos y “...considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar...” (art. 5). De esta redacción resulta que antes de pronunciarse el órgano tendrían que realizarse las consultas, con lo cual la decisión no puede adoptarse de inmediato, ya que aquellas son previas.

³⁷ Es esta una típica expresión de voluntad política, que puede ser compartida en ese marco, pero que no tiene sustento a partir del sistema jurídico del Mercosur.

³⁸ Esta afirmación es correcta en cuanto a que no existe procedimiento formal establecido sobre la manera en que deben concretarse las consultas. Pero resulta claro que, quienes las deben de hacer son los Estados Partes del sistema Mercosur, no otros grupos de Estados, aunque en ellos estuvieran incluidos todos los del Mercosur. El art. 4 ordena que sean “...los demás Estados partes.....entre si y con el Estado afectado.”, y no otros Estados, ni con otros Estados, lo que restaría seriedad y eficacia a las consultas. Por otra parte la defensa restringe caprichosamente la finalidad de las consultas a dos aspectos: procurar revertir la situación existente y evaluar la gravedad de la misma; nada hay en el P.U. que establezca taxativamente las finalidades de las consultas y, nos parece que una de ellas es informarse y evaluar objetivamente la situación entrevistando no sólo a las autoridades anteriores, sino también a las nuevas que las hayan sustituido, para así poder oír las dos versiones. Esto no se hizo en el caso analizado (ver infra llamada 44).

³⁹ No compartimos estos conceptos ya que el procedimiento que establece el P.U., aunque se actualiza a través de un órgano interestatal y de naturaleza política cualquiera sean las personas que lo constituyan (Presidentes, ministros o representantes de los gobiernos de los Estados), sus decisiones tienen efectos supranacionales. Son las únicas con estos efectos en el Mercosur ya que, a partir de los acuerdos hechos en el marco del Derecho Internacional Público y en un Protocolo en el que todos participan, el P.U., se crea un subsistema político-jurídico por el cual, un grupo de Estados independientes están habilitados para instruir un proceso de naturaleza jurisdiccional y pueden llegar a dictar una medida sancionatoria, de naturaleza también jurisdiccional, la que obliga a otro Estado independiente que no participa del proceso sancionatorio (excepto en las entrevistas con él), pero que debe acatar la decisión. Se trata de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, y no podría ser de otra manera ya que es esa naturaleza y sus consecuencias las que otorgan las garantías necesarias al Estado enjuiciado. Aunque este procedimiento es confiado y llevado a cabo por autoridades políticas, lo que debilita su estructura y seriedad pudiendo dar lugar a desbordes y arbitrariedades si los encargados de dictaminar avasallan al Derecho Internacional Público al sentirse autorizados a imponer sanciones desarregladas por su naturaleza política (ver H.Arbut-Vignali 2012, Numeral 8 b ## 7 y ss.). Coincidimos en cambio con la asimilación de este sistema con el procedimiento que se realiza en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para aplicar las medidas coercitivas del Capítulo VII de la Carta. Pero esta coincidencia no es por lo que se expresa en la contestación de la demanda, sino porque el procedimiento del Consejo de Seguridad también es de naturaleza jurisdiccional y supranacional, aunque llevado a cabo por un órgano intergubernamental, en el marco de una Organización Internacional de igual naturaleza y que se justifica a partir del acuerdo logrado por la adhesión a la Carta de todos los Estados del mundo (ver H.Arbut-Vignali, 2012 t/p, Numeral 6 b, ## 3 a 5).

si bien el procedimiento tiene causas políticas, es hecho por agentes políticos, su conducción debe de estar de acuerdo con la normativa y por ello cumplirse con dos requisitos para que la decisión sea válida: el consentimiento de los demás Estados partes y la realización de las consultas ⁴⁰. Se concluye este ítem afirmando que el P.U. establece que son los Estados Partes lo que adoptan la decisión, sin hacer referencia a un determinado órgano o conjunto de órganos del Mercosur ⁴¹.

En cuanto a **las consultas previas** con el gobierno paraguayo, afirma la defensa que ellas existieron y toma como tales las actividades realizadas por los once cancilleres enviados por UNASUR a hacer gestiones en Asunción desde el 21 de junio por la noche, hasta el 22 de junio entre las 12.00 y 13.00 horas. Estas gestiones se iniciaron en la noche del día 21 cuando toda la misión fue recibida "...por el Presidente de la República Fernando Lugo Méndez..."; el día 22 se continuaron con otras ⁴², y culminaron cuando sólo una parte de la misión de UNASUR ⁴³ "...visitó al vicepresidente de la República, Federico Franco..." ⁴⁴. Sobre este punto la defensa dice también "...que el objetivo de la misión,...era evaluar 'in situ' la situación política del país en momentos de particular gravedad..." y que "Los ministros (de UNASUR) hicieron un llamado para que una decisión del Senado fuera postergada, dando tiempo para una negociación o

⁴⁰ Es este un razonamiento falaz por ocultamiento. Es correcto afirmar que para que la decisión sea válida se requiere el consentimiento de los demás Estados Partes y la realización de las consultas; pero no se menciona el requisito fundamental de legitimidad: que la causal que se esgrime para dar base a la sanción jurídicamente se haya producido, que objetivamente se haya concretado una ruptura del orden democrático y que la afirmación de que ella existe no resulte el producto de la exclusiva voluntad política de quienes toman la decisión. El sistema del P.U. es supranacional en su estructura (ver supra llamada 39), admite imponer sanciones muy importantes a un Estado que no participa en esa decisión de sancionar. Un sistema de este tipo no cabe imaginar que pueda ser aceptado por los Estados en la realidad, si el mismo no brinda fuertes garantías de objetividad jurídica, que excluyan la discrecionalidad política admitiendo arbitrariedades por razones de opinión. La principal exigencia del sistema de Ushuaia radica en que, objetivamente y desde un enfoque jurídico se compruebe que existe una ruptura del orden democrático. Como esta expresión es poco feliz por su ambigüedad y por lo que anteriormente expresáramos, es necesario esclarecerla con alguna referencia más precisa, como la expuesta en H.Arbuét-Vignali, 2012, Numeral 7 b, ## 4 a 6, que compartimos y por la cual se sostiene que debe entenderse que sólo hay ruptura del orden democrático cuando hay un quiebre en el sistema constitucional en el país en que se han efectuado las modificaciones en el gobierno. Si sus autoridades y funcionamiento institucional, aunque existan cambios, son acordes a su orden constitucional, considerar que existe ruptura del orden democrático sin que haya quiebre constitucional objetivamente comprobado y en base a ello sancionar, es ilegítimo y configura una intervención colectiva en los asuntos internos de un Estado (ver H.Arbuét-Vignali 2012, Numeral 7 b, # 8 in fine).

⁴¹ Coincidimos con esta posición por lo argumentado supra en llamada 16.

⁴² Concretadas: 07.00 hs. entre un grupo de ministros de UNASUR con un senador del Partido Liberal; 09.00hs. con la cúpula del Partido Colorado; 11.00 hs. con el Presidente del Congreso Nacional y jefes de bancada; entre 12.00 y 13.00 hs. se dividió la misión y un grupo se encontró con representantes del Poder Judicial, mientras otro concretó la reunión a la cual se hace referencia a continuación en el texto.

⁴³ Integrada por los cancilleres de Argentina, Brasil, Perú y Surinam, según la mención del alegato, que no se refiere al canciller de Uruguay como integrante de ella.

⁴⁴ Hemos afirmado supra (Numeral 2 c # 1 y llamadas 17 y 18) porqué entendemos que no puede considerarse que fueron realizadas las consultas requeridas por el art. 4 del P.U. y en esta parte, lo confirma el propio escrito de descargos. En primer lugar confirma que las consultas no fueron realizadas por el órgano del Mercosur que luego tomará la decisión (en el caso la reunión de Presidentes), ni por un órgano del Mercosur encargado expresa e institucionalmente de cubrir los extremos exigidos por el P.U., sino por un grupo de UNASUR, el conjunto de sus once cancilleres, enviados para hacer gestiones (de otro tipo) en Asunción, dentro del cual se comprendía a los cancilleres de Argentina, Brasil y Uruguay. No se trata del órgano requerido por el art. 4 del P.U. sino de otro diferente y el que fue, si bien realizó gestiones, no se abocó a una fundamental a los efectos del art. 4 para poder adoptarse una decisión jurídica vinculante: observar los hechos en que se basará la decisión (sanción en este caso) y recabar la prueba de ellos. También resulta de los propios descargos, que todas las gestiones se hicieron antes de que se concretara la destitución del ex Presidente Lugo y de que asumiera el nuevo Presidente Franco, cosa que ocurrió el día 22/06 en horas de la tarde-noche, en tanto que la última reunión del grupo de UNASUR tuvo lugar a medio día y terminó poco después de éste. Cabe agregar que las reuniones del grupo UNASUR se realizaron sólo con representantes políticos y autoridades del anterior gobierno (entre ellas el Presidente Lugo y el Vicepresidente Franco) y que, además, en la reunión con el Vicepresidente Franco, no estuvo presente uno de los tres cancilleres de los Estados que decidieron la suspensión de Paraguay en el Mercosur, el de Uruguay. De todo esto se desprende que ningún órgano del Mercosur realizó las gestiones ordenadas por el art. 4 P.U. y que las que se concretaron por otro órgano, se hicieron mientras gobernaban las autoridades que luego se pretenderá fueron desplazadas por una ruptura del orden democrático y ante ellas.

mediación en la cual podrían colaborar los países del Mercosur y de UNASUR...”⁴⁵. Se concluye informando que “Los ministros advirtieron...que la ruptura del orden democrático, traería consecuencias e implicaciones graves para el Paraguay”⁴⁶.

En cuanto a **la competencia de los jefes de Estado** para disponer la suspensión, se afirma, con razón, que el P.U., claramente acuerda esa competencia a los Estados Partes y que los Jefes de Estado y de Gobierno son los representantes naturales de sus Estados (ver supra llamada 16).

La defensa también contesta la demanda paraguaya en cuanto a **los límites y la proporcionalidad de la decisión** afirmando que la sanción impuesta es la mínima que se podía imponer, que es temporaria y que “La suspensión.....Lo retira provisoriamente, del derecho del Estado paraguayo de participar en los órganos del Mercosur y de deliberar y decidir sobre cualquier tema del bloque” ⁴⁷. Se agrega que, en consecuencias, provisionalmente, Paraguay no podrá ejercer su función como depositario de los tratados celebrado por el bloque hasta que le sea levantada la sanción, lapso en el cual le sustituirá la Secretaría del Mercosur (Decisión CMC 26/12).

En cuanto a **la naturaleza de las medidas y fundamentación para adoptarlas**, se reafirma que “...poseen naturaleza primordialmente política, con consecuencias jurídicas.....La aplicación del P.U. conduce a los Estados Partes a adoptar decisiones como entes políticos que son, no como jueces integrantes de un supuesto tribunal de la democracia”. Agregan que en el trámite no es necesario un proceso propiamente dicho, con contradictorio y amplia defensa, para después adoptar las medidas contra el Estado infractor ⁴⁸. También se rechaza la afirmación que se hace en la demanda de que la decisión no está fundada y se afirma que el

⁴⁵ De esto se desprende que las gestiones realizadas por un órgano ajeno al Mercosur, tampoco cumplieron con el principal objetivo que deben tener las consultas del art. 4 P.U., según se desprende de su texto: empaparse directamente de la situación en cuanto a la gravedad o levedad de la crisis política que existe en un país a fin de poder apreciar si la situación constituye un desarrollo de los mecanismos previstos constitucionalmente, es decir si solo se trata de una crisis política por el enfrentamiento de poderes de gobierno que tiene solución dentro de la constitución, o si va más allá configurando una ruptura del orden democrático (constitucional). En el caso se partió de la base de que ya se estaba gestando un golpe de Estado y el grupo hizo gestiones para mantener al Presidente Lugo en su cargo de tal.

⁴⁶ Es poco creíble que las cancillerías de tres Estados dejen constancia en un escrito oficial de que sus Estados, juntos con otros, han participado en un acto de intervención colectiva en otro Estado; pero ello ocurre en este texto.

⁴⁷ No es correcto decir que la decisión adoptada inhibe a Paraguay de “deliberar y decidir sobre cualquier tema del bloque”. Aunque la sanción estuviere ajustada a derecho (lo que no compartimos), lo que se impuso o pretendió imponer fue “...la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración...”, en este caso en los órganos del Mercosur y éstos son los que indica el art. 1 del P.O.P.: el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común. La Comisión Parlamentaria conjunta, el Foro Consultivo Económico Social y la Secretaría Administrativa, así como los órganos auxiliares que se creen, de todos los cuales sólo los tres primeros tienen capacidad de decisión (art. 2 P.O.P.); además de ellos aquellos que se crearon posteriormente y estén integrados por los Estados partes, como el Centro Mercosur de Promoción del Estado de Derecho y, quizá el Parlamento Mercosur. Es obvio que el Estado suspendido no queda excluido del acceso a los tribunales (Permanente de Revisión y Administrativo Laboral) porque ellos no se integran con Estados sino con funcionarios jurisdiccionales independientes. Tampoco está excluido de participar de otros mecanismos de decisión del sistema. Ni de “...decidir sobre cualquier tema del bloque”, porque para que ello ocurriera debería haberse impuesto la pena máxima: “...la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos...” (P.U. art. 5 in fine). Esto último no sólo no se hizo, sino que no se quiso hacer, tal como lo expresa la propia Decisión de los tres Presidentes, y el propio escrito de la defensa así lo repite y subraya en su Numeral 2.3.3, dónde se dice que la sanción que se impone es la de menor amplitud posible del sistema y que el mismo no admite una medida menor, agregando que “La confianza en el pleno restablecimiento del orden democrático en el país hermano, guió a los demás Estados a adoptar la menor de las medidas. Esa fue la medida que pareció proporcionada a los demás Estados partes”. No obstante todo ello, en el párrafo siguiente, al defender esa medida, que dicen en su intención es leve, se le otorga el alcance que tendría la de máxima gravedad posible al pretender excluir al sancionado de “...las deliberaciones y decisiones sobre cualquier tema del bloque”, lo cual significa suspenderlo en sus derechos y obligaciones emergentes del proceso Mercosur. Eso no corresponde porque no se aplicaron las sanciones máximas.

⁴⁸ Ya hemos explicado supra (ver llamada 39) porqué entendemos que este sistema del P.U., como el del Consejo de Seguridad de la ONU, es de naturaleza supranacional aunque inscripto en el marco de una Organización de naturaleza intergubernamental y que aunque confiado a órganos de integración intergubernamental y con soportes políticos, ejercen una función jurisdiccional y deben en su actuación respetar las reglas del debido proceso legal (ver supra llamadas 33, 39 y también H.Arbut-Vignali 2012, Numeral 8 b).

fundamento está expuesto desde el comienzo de la redacción de la decisión y que descansa en “...el carácter esencial que tiene la democracia para el bloque”.

Para respaldar **la afirmación de ruptura del orden democrático en Paraguay** la defensa afirma que el proceso que condujo a la destitución de Fernando Lugo fue sumárisimo y “...que violenta las obligaciones asumidas por Paraguay en diversos tratados de Derechos Humanos”⁴⁹. Agrega que el procedimiento “...tampoco respeta las disposiciones de la propia constitución paraguaya, en particular las de su art. 17 (garantías procesales), configurando de esa forma una clara denegación del derecho a defensa...”, con lo que se concreta la ruptura del orden democrático, en razón de lo cual Paraguay fue suspendido⁵⁰. Se concluye en que “Considerando las disposiciones de los tratados que obligan a Paraguay y su propia constitución, el proceso de juicio político....configura,.....una ruptura del orden democrático por dos causas diferentes: a. ausencia del debido proceso legal...y b. ausencia de convencimiento motivado (pruebas procesales en el mismo proceso de destitución)”. Luego se comienzan a desarrollar estos dos argumentos.

Se afirma que con el juicio político a Lugo se configuró una **“ofensa a los principios universales del debido proceso legal sustantivo y (de las exigencias) de una defensa amplia”**. La defensa tripartita manifiesta que “La Resolución N° 879, del 21/06/12, de la Cámara de Senadores.....para tramitar el juicio político.....no observa (las exigencias) del debido proceso legal sustantivo en los procedimientos de la destitución...”, porque la acusación fue aprobada en Diputados el 21/06 a las 10.00 hs.; el mismo día Senadores recibió la acusación, la pasó a la Comisión de Asuntos Constitucionales, Defensa Nacional y Fuerza Pública, la que elaboró un proyecto que fue aprobado por Senadores en la Resolución N° 878. Se describe también que el mismo día 21/06 se notificó al Presidente Lugo ambas resoluciones a la hora 19.00, dándole plazo para presentar sus defensas hasta el día siguiente (22/06) a la hora 12.00. Se concluye narrando que el día 22/06, después de escuchar las defensas y deliberar, el Senado a las 16.00 horas destituyó a Lugo por mal desempeño de sus funciones y a las 18.00 horas se convocó al Congreso para juramentar al nuevo Presidente. La contestación sostiene que sólo se le dio a Lugo 17 horas para instrumentar la defensa y, por ello, el procedimiento de juicio político “...hiere de muerte los principios universales del debido proceso legal y de la amplia defensa”. “Al ejercer su competencia constitucional para regular el procedimiento del juicio político, la Cámara de Senadores de Paraguay, se apresuró de tal manera que quitó al por entonces Jefe de Estado su derecho para producir una amplia y efectiva defensa. Se agrega que, desde el punto de vista formal, la Resolución N° 879 resulta una competencia

⁴⁹ En nuestra opinión el juicio seguido al ex Presidente Lugo, tal como es denominado en la Constitución, es un juicio político dónde no procede la aplicación de las reglas del debido proceso legal y que, además, se realizó siguiendo puntualmente las exigencias del art. 225 de la Constitución paraguaya de 1992. En cuanto a la brevedad del plazo para articular la defensa, éste no está establecido ni en la constitución, ni en las leyes y, ante este vacío legal, el mismo fue llenado, de acuerdo con los principios generales del derecho, por el tribunal que atendía en la causa, en el caso el Senado de Paraguay (ver H.Arbué-Vignali 2012, Numeral 8 b, especialmente el # 6). Por otra parte no resulta pertinente la referencia a los tratados sobre derechos humanos. En primer lugar porque se trata de un juicio político y, además, porque a quién se juzga no es a una persona humana sino a la institución Presidencia como tal en la persona de su soporte orgánico, por el significado que ella inviste, lo que representa y la trascendencia de sus actos. El resultado del juicio y la decisión, no se concreta en el castigo a un ser humano, sino que a éste se le aparta de un cargo porque no lo condujo en la forma que de él se esperaba y se entendía que correspondía de acuerdo al mandato recibido del común de las gentes, de la ciudadanía, de la misma que al votar la Constitución otorgó a las Cámaras la potestad de juzgar discrecionalmente al Sr. Presidente en un juicio político que puede sancionarlo por mal desempeño de sus funciones con la destitución de su cargo.

⁵⁰ El art. 17: “De los derechos procesales. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:.....7.....a disponer de.....plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación...”. Entendemos que por tratarse el juicio seguido al ex presidente Lugo de un juicio político, no se trata de un proceso a la conducta de una persona, sino al funcionamiento de una institución, la Presidencia de la República en la persona del soporte de ese órgano; ni que en ese juicio lo que recae es una pena o sanción, sino una decisión política-administrativa facultada constitucionalmente por la institución del juicio político; ni se trata de un proceso jurisdiccional dónde resulte aplicable el art. 17 de la Constitución, sino de un juicio político, dónde no se juzgan culpas o inocencias, sino buena o mala, aceptable o inaceptable administración, a la luz de razones y hechos políticos.

constitucionalmente atribuida al Senado, pero, “...desde el punto de vista sustancial aquella cámara llevó más allá de sus extremos tal competencia para crear normas procesales contrarias a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que aseguran la importancia de la amplia defensa y del “due process of law (sic)”, lo que determina una ruptura del orden democrático (ver nuestra posición supra en llamadas 49 y 50).

Por último, en cuanto a **la ausencia de fundamento motivado del proceso de destitución**, se dice que esto es claro porque la decisión fue adoptada sin motivaciones expresas, sin pruebas y, se agrega, que “La arbitrariedad.....es tanto más flagrante en tanto se constata que el libelo acusatorio afirma que no es necesaria la producción de pruebas, en tanto que los hechos que avalan la destitución son notorios”. Y se concluye “....un proceso en que la acusación no ve la necesidad de producir prueba equivale a una condena previa, una especie de pantomima que desconoce los fundamentos más básicos del debido proceso legal, configurando ruptura del orden democrático”⁵¹.

d. Argumentos sobre la legitimidad del ingreso de Venezuela. La defensa comienza refutando la afirmación de Paraguay y afirmando que no se han violado los arts. 16 y 20 del T.A., ni el art. 37 del P.O.P.⁵² y se sostiene que ello es así porque debe distinguirse dos momentos diferentes en el procedimiento de adhesión de un nuevo Estado parte: la aprobación de la solicitud de adhesión y la declaración de incorporación del nuevo Estado Parte⁵³.

Se agrega que la aprobación de la solicitud de adhesión está prevista en el art. 20 del T.A. y debe ser objeto de decisión unánime de los Estados Partes (inc. 3) y, se afirma, que la Decisión C.M.C. 28/05, que reglamenta al artículo dice que esa solicitud de incorporación “...debe ser aprobada por la unanimidad de los Estados Partes y será expresada por Decisión del C.M.C. (art. 2)”, y, la defensa arguye que ese paso se cumplió mediante la Decisión C.M.C. 29/05, la que votaran los cuatro Estados, incluido Paraguay⁵⁴. Se agrega que la Declaración de Mendoza del 29/06 “...tiene naturaleza declarativapor eso mismo, no está sometida a las exigencias de la

⁵¹ Además de las opiniones vertidas supra en las llamadas 48 a 50, debe tenerse en cuenta que una de las acusaciones al Presidente Lugo, la que se le hace por haber permitido un acto político en un recinto militar, fue aceptada expresamente por la defensa y las invasiones de estancias en la zona de Ñacunday y la matanza de Curuguaty, resultan hechos notorio respecto de los cuales el Presidente de la República, siendo la más alta autoridad administrativa es el último responsable políticamente; y lo mismo ocurre respecto al mantenimiento de la seguridad pública y los secuestros, aunque su evidencia no sea tan flagrante (Ver H.Arquet-Vignali, 2012, Numeral 3 # 3).

⁵² El art. 16 T.A.: “Durante el período de transición las decisiones del C.M.C., serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes”. Por el art. 20 T.A., ver supra llamada 21. El art. 37 P.O.P. “Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes”. Es correcto sostener que no se violaron los arts. 16 T.A. y 37 P.O.P., este último por la obvia razón de que la decisión no fue adoptada por ningún órgano del Mercosur, sino por un órgano “ad-hoc”, como creemos que es pertinente (ver supra llamada 16).

⁵³ Esta afirmación y toda la argumentación que le continúa, desde una perspectiva científica y objetiva, nos parece como no fundada jurídicamente, caprichosa y voluntarista. Es cierto que se pueden distinguir, no dos, sino varios momentos en el procedimiento de adhesión de un nuevo Estado parte. A la aprobación de la solicitud de adhesión que se señala, le antecede la propia solicitud del Estado peticionante y antes de la declaración de incorporación de un nuevo Estado parte, que es la otra única etapa que se indica en el texto, hay otros momentos importantes que se omiten. Por ejemplo: la consideración de esa solicitud aprobada para ser estudiada y decidir si cada Estado por separado está dispuesto a aceptar un nuevo Estado parte, lo que se hará de acuerdo a cada trámite constitucional interno que rija en cada Estado; y luego, cada uno de ellos que esté de acuerdo depositará su ratificación en el Estado depositario de las mismas; a la cual se agregará posteriormente la ratificación del Estado que solicitó el ingreso. El depósito de la última ratificación será la que perfeccionará el acto de ingreso y este paso fundamental se omite en la contestación y sin el depósito de las cinco ratificaciones requeridas para el caso en estudio no se perfecciona el ingreso. La declaración posterior manifestando que se produjo el ingreso, es un acto intrascendente y hasta podría no ser necesario, tal acto sólo reviste las funciones de un aviso, es meramente declarativo y de dar noticias, para hacer el cual no es necesario que se reúnan tres presidentes, y resulta hasta ridículo pretender tal cosa para concretar una mera función de dar noticia que muy bien puede cumplir la Cancillería del Estado Parte depositario, la del Estado Parte que ejerce la Presidencia Pro Tempore o la propia Secretaría del Mercosur.

⁵⁴ Esta es una apreciación correcta, pero las consecuencias que de ella se extraen a continuación, no lo son.

unanimidad que solo es necesaria para la aceptación de la solicitud de adhesión”. Se concluye que tiene naturaleza declarativa “...porque el acto jurídico perfecto de adhesión de Venezuela se realizó con la unanimidad alcanzada en 2005”⁵⁵. Y se concluye en que, jurídicamente, por la suspensión de Paraguay “...el Protocolo de Adhesión de Venezuela entrará en vigor....treinta días (después) a contar desde la fecha del depósito del último instrumento de ratificación, teniendo en cuenta los Estados partes del Mercosur no suspendidos...” y, como Argentina, Brasil y Uruguay ya han depositado su ratificación “...la entrada en vigor del Protocolo de Adhesión de Venezuela, sólo depende de la superación de ese plazo, lo que ocurrirá el 12/08/12...” porque Venezuela hizo su depósito el 13/07/12 por nota DVMALC N° 0547⁵⁶.

Mas adelante la Defensa dice que el art. 16 T.A. y el art. 37 P.O.P., deben ser vistos a la luz de las disposiciones posteriores y, por tanto, su interpretación tiene que ser compatible con el P.U.. Como este permite la suspensión de un Estado Parte de su derecho a participar en los diferentes órganos del proceso (art. 5), se concluye en que la lectura de todos ellos “...sólo puede llevar a una única interpretación: el Estado parte suspendido....pierde el derecho de voz y voto, y el consenso necesario para la adopción de decisiones, pasa a abarcar solamente a los Estados Partes en ejercicio de sus atribuciones.....(para el caso) Argentina, Brasil y Uruguay”⁵⁷. Se concluye en que “...Entender que aunque suspendido un Estado Parte debe aprobar todas las

⁵⁵ Este razonamiento, sin argumentación alguna que le sustente, da por supuesto que el acto de incorporación de Venezuela como nuevo miembro del Mercosur se perfeccionó en el año 2005, con la Decisión C.M.C. 29/05. Si esto fuera así todo lo actuado por el Mercosur desde entonces a hoy adolece de nulidad absoluta porque se habría resuelto sin el consenso de Venezuela. Parece absurdo ¿verdad? Pero, además ¿para qué se encaminaron varios procesos de consultas parlamentarias en cada uno de los Estados partes originarios pidiendo a los parlamentos su opinión sobre el ingreso de Venezuela al sistema y sobre la incorporación de Venezuela al mismo? Si se sostiene que el acto de los tres presidentes es declarativo de un derecho, sólo puede poseer esa naturaleza si ese derecho ya se hubiere constituido anteriormente (supuestamente con la Decisión 29/05); y si ya estaba constituido ¿porqué desde entonces no se actuó de acuerdo a la nueva realidad jurídica? Esta afirmación hecha en el escrito de defensa resulta tan carente de posibilidad de ser adecuada a las ciencias jurídicas que es casi imposible pensar que ella sea el producto de la labor de tres Departamentos Jurídicos de tres cancillerías otrora respetables. En el curso de revisión de este trabajo para su publicación, hemos encontrado otro argumento que avala totalmente lo expresado en esta llamada y, dada la importancia que reviste, entendemos conveniente incluirlo en este lugar. Por un lado, analizando el propio texto de la Decisión C.M.C. 29/05, se puede apreciar que en su art. 3 aprueba “el proyecto de Acuerdo Marco para la Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela”, pero en su art. 4 aclara cual es el alcance de dicha expresión, indicando que: “**Hasta la entrada en vigor del Protocolo de Adhesión**, el Estado adherente podrá participar de las reuniones de los órganos y foros del Mercosur, con derecho a voz”; por lo cual, necesariamente, el Protocolo de Adhesión con Venezuela va a entrar en vigor cuando se cumplan las condiciones que fueron establecidas en el Tratado de Asunción para ello, o sea, lo que dispone a esos efectos el art. 20 de dicho Tratado. Además, analizando el propio Acuerdo Marco para la adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercado Común del Sur, el art. 1º expresa que se acuerda la “incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercado Común del Sur **en los términos del Tratado de Asunción** y del correspondiente proceso de adhesión”, confirmando en consecuencia la aplicación de dicho Tratado en lo que respecta a la adhesión de un nuevo Estado Miembro al MERCOSUR. Por lo tanto, el acto jurídico de adhesión de Venezuela al MERCOSUR, recién quedaría perfeccionado cuando se cumplan todos los requisitos que exige al respecto el Art. 20 del Tratado de Asunción.

⁵⁶ Esta es sólo una expresión de voluntarismo puro.

⁵⁷ Nuevamente se hace un razonamiento falaz. Es cierto que los arts. 16 T.A. y 37 P.O.P. deben ser interpretados a la luz del P.U. y de toda la normativa Mercosur de las que forman parte; pero la lectura de todos ellos, junto al art. 5 P.U., no conduce a la conclusión a que arriba la defensa. El art. 5 P.U. considera dos tipos de medidas. Las más leves “la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos ...del Mercosur”, que fue la sanción que quisieron aplicar los tres Presidentes y lo reafirmaron expresando no querer perjudicar al pueblo paraguayo (ver supra Numeral 3 c # 6 y llamada 47) y las más graves: “la suspensión de derechos y obligaciones emergentes...”, en este caso, del Mercosur. Al imponerse las medidas más leves, ellas no quitan al sancionado el derecho a decidir el ingreso o no de un nuevo Estado miembro, cuestión que nada tiene que ver con la participación en los órganos del Mercosur y va mucho más allá de ello, comprendiendo decisiones que se adoptan no por meros funcionarios acreditados y con poderes como representantes de sus gobiernos en los órganos, sino por la voluntad de la Nación al ratificarse o no un tratado, debiendo manifestarse para ello el Poder Ejecutivo, el Legislativo y, en algunos sistemas, el Judicial mediante la evaluación de la constitucionalidad de los acuerdos. De ejercer esta atribución no fue suspendido Paraguay. Además tendríamos que hacer un estudio más profundo que el actual que tiene otra finalidad, para decidir si, incluso las sanciones más graves privarían a un Estado de estos derechos de aceptar o rechazar la determinación de los equilibrios de poder dentro de un sistema de integración en que participan. Lo que es indudable es que la sanción mas leve que se impuso, no alcanza este extremo.

resoluciones.....tendría por efecto práctico la total parálisis del Mercosur.....esa parálisis podría ser ‘sine die’.....en la práctica la suspensión de un Estado Parte.....implicaría el castigo de los demás.....los que se verían condenados por la paralización ...”⁵⁸. Es por ello que la defensa entiende correcta la incorporación de Venezuela.

e. Petitorio. En consecuencias se pide: que se extingan estos procedimientos por incompetencia del Tribunal sin entrar a considerar las alegaciones presentadas; y, en caso contrario, denegado el anterior petitorio, se rechace la demanda en cuanto al pedido de anular la suspensión de sus derechos a Paraguay y se rechace la demanda en cuanto al pedido de suspensión de los efectos de la Declaración de Incorporación de Venezuela.

4. El laudo.

a. Su estructura. El Laudo 01/2012 se presenta en 65 numerales y concluye con un decisión de 6 apartados. En sus Numerales 1 a 5 y el 28, se historia el trámite procesal del caso y se describe la integración del Tribunal. En el Numeral 6 el T.P.R. deja sentado que “...se abocó al planteo formulado, entendiendo que la suspensión dispuesta en cuanto a la participación de un Estado parte en los órganos del Mercosur no afecta su derecho a recurrir al sistema de solución de controversias establecido en el P.O.”⁵⁹.

A continuación se hace un somero examen de los argumentos presentados por las partes, los que nosotros hemos reseñado supra en los Numerales 2 y 3 de este trabajo. Los Numerales 7 a 16 del laudo son dedicados a la demanda de Paraguay y los Numerales 17 a 27 a la contestación conjunta de Argentina, Brasil y Uruguay. Luego se pasa a sentar posición ante los petitorios de las partes. Se ocupa de examinar su competencia en razón de materia en los Numerales 29 a 43, de la procedencia, o no, de las medidas de urgencia en los Numerales 44 a 52; y de la posibilidad de acceso directo al T.P.R., dando la opinión mayoritaria en los Numerales 53 a 60 y la de la minoría disidente en los Numerales 61 a 65. Por último pasa a exponer sus decisiones, en razón de las cuales se inhibe de dictaminar sobre el fondo del asunto y, por lo tanto, sobre la situación en que queda el Mercosur después de la Decisión y de la Declaración recurridas. Mucho lamentamos que se haya optado por este camino y que no se haya seguido el de la minoría (ver supra Numeral 1 e infra Numeral 5).

b. Competencia en razón de materia. El Tribunal resume las posiciones de ambas partes. Paraguay reclama por violación del P.U. y los demandados sostienen que el T.P.R. no es competente porque el sistema de solución de controversias del Mercosur fue creado para resolver conflictos comerciales; que el compromiso democrático está por encima del conjunto normativo regional; y que la sanción a Paraguay escapa a la aplicación del P.O., porque se trata de una controversia política y si el T.P.R. decidiera sobre ella podría invadir la esfera exclusiva

⁵⁸ Por lo expuesto en la llamada 57, el sistema no se paraliza, ya que los órganos del Mercosur continúan adoptando decisiones válidas para todos, con sólo los miembros actuantes y sin el suspendido, al que también alcanzan y obligan; pero otras decisiones que no son propias y exclusivas de los órganos del Mercosur y en la que intervienen otros integrantes, como son los propios Estados partes u órganos “ad-hoc”, no pueden ser adoptadas hasta producirse el reingreso o la denuncia del tratado por el Estado sancionado. Sostener otra cosa es hacer prevalecer la voluntad política de los Estados que quedan sobre las reglas jurídicas del sistema que amparan también al Estado suspendido y que deben ser interpretadas de acuerdo con la hermenéutica jurídica y a la luz de la sana razón.

⁵⁹ Compartimos plenamente esta decisión, la que resulta acorde con lo que expresamos supra en llamada 47. Esta postura demuestra además un posicionamiento de amplitud de miras en el Tribunal, el que no se concretará en definitiva en el momento de dictar sus decisiones, salvo en el caso de la disidencia (ver infra literal e de este Numeral).

de jurisdicción de los Estados partes; por lo tanto, debe excluirse la jurisdicción del Tribunal (Numerales 29 a 32). El T.P.R. concluye en que “Para solucionar esta cuestión, se debe identificar las relaciones entre el P.O. y el P.U.” (Numeral 33).

Entrando a esto cita el Preámbulo del P.O. ⁶⁰ señalando que en él se considera “La necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur...” e inmediatamente cita el art. 1, inc. 1 del P.O. (ver su texto supra en Numeral 2 b # 2) para concluir afirmando “La jurisdicción del sistema de solución de controversias.....se extiende *ratione personae* a los Estados miembros del Mercosur. *Ratione materiae*, esta jurisdicción se conforma sobre controversias referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa Mercosur. No hay de forma implícita o explícita en el texto del P.O., exclusión de jurisdicción con base a la materia objeto de la controversia (Numerales 34 a 36). De ahí concluye que no puede hablarse de falta de vocación del sistema para solucionar controversias más allá de la esfera comercial...” y que esta legitimidad debe ser apreciada de acuerdo al texto del P.O. “...el cual no excluye a priori el análisis de cualquier tipo de controversias en el marco normativo del Mercosur” (Numeral 37). Se agrega luego que en el P.U. no hay indicación de foro para la solución de las eventuales controversias que suscite, ni para interpretarlo o aplicarlo, aunque sí, en su preámbulo (ver supra llamada 60) se indica su vinculación con la normativa Mercosur “al reafirmar los principios y objetivos del T.A. y sus Protocolos”. Además se señala que el art. 8 P.U. determina que el mismo es parte del T.A. (Numerales 38 y 39).

De todo esto “...Se deduce.....que el sistema de solución de controversias abarca las normas del P.U. en la medida que afectan o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados partes. Por lo tanto no cabe discutir el derecho a recurrir a ese sistema que tiene un Estado parte que considere que se han vulnerado sus derechos en aplicación de las normas del P.U” (Numeral 40) ⁶¹. Se expresa, además, en este apartado que la interpretación de la normativa Mercosur debe atenerse a los textos aprobados sin ir más allá; que “La estructura normativa del Mercosur no crea un orden supranacional que pueda sustituir la voluntad soberana de los Estados que lo componen...” ⁶²; y se concluye en que “A la luz de estas consideraciones.....la observancia de la legalidad de los procedimientos previstos en el P.U., son susceptibles de revisión en el marco del sistema de solución de controversias del Mercosur. Lo mismo se aplica a cuestionamientos relacionados con la (su) aplicación e interpretación...” cuando, por su naturaleza, demanden un examen de legalidad (Numerales 41 a 43). La decisión del Tribunal a que estos razonamientos conducen se consigna en el apartado 1 de las mismas (ver infra literal f de este Numeral).

c. Procedencia de las medidas especiales de urgencia. Este asunto es considerado en los Numerales 44 a 52 del Laudo. Sobre este punto la demanda sostiene que el art. 2 de la Declaración 23/04 consagra la competencia del T.P.R. en casos de urgencia y, subsidiariamente,

⁶⁰ Como más adelante lo señalará el propio Laudo, según el art. 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (verla en M.A.Vieira, H.Arbut-Vignali y V.Veida Magyar, 1975, tomo I, pp. 1 a 61) el preámbulo de un tratado no crea obligaciones para las partes pero se puede recurrir a él a los efectos de su interpretación.

⁶¹ También compartimos este razonamiento que resulta acorde con lo expresado supra en llamadas 47 y 59 y porque evidencia un posicionamiento de desarrollo progresivo jurisprudencial en relación a las partes de la normativa en la que se encuentran lagunas, definiciones poco precisas o ambigüedades que ponen en peligro el adecuado funcionamiento del sistema. Estos desarrollos pretorianos que son legítimos, especialmente en el marco de los sistemas multilaterales de integración, y que en esta parte fueron sostenidos por el T.P.R., no lo fueron cuando llegó la hora de jugarse por un análisis profundo de la situación de fondo que ha motivado este litigio.

⁶² Coincidimos con estas dos referencias, tal como resulta de lo expuesto supra en llamadas 34 y 39; estas ideas del tribunal pueden dar alguna pista de cual habría sido la decisión del mismo sobre algunos puntos que plantea el fondo del problema, si hubiera asumido la responsabilidad de encararlos, la que le corresponde y entendemos estaba habilitado a hacer (ver supra Numeral 1 e infra Numeral 5), para poner orden jurídico en un sistema debilitado por decisiones políticas y hechos voluntaristas.

requiere se trate el asunto como actuación en única instancia en base a los arts. 1 y 23 del P.O.. La contestación sostiene que ninguna de las dos vías corresponde: porque el procedimiento de urgencia no se aplica al objeto de la demanda; y para el acceso directo están ausentes los elementos para su ejercicio. Siendo dos cuestiones diferentes, el Tribunal las considerará por separado (Numerales 44 y 45).

En cuanto a **la competencia de urgencia** el T.P.R. recuerda el art. 24 del P.O.P. (verlo supra en llamada 10) y la Decisión 23/04 que lo reglamenta (verla supra llamada 9); agregando que la Decisión 23/04 no aclara si las cuatro exigencias que requiere son acumulativas o no, pero que, a la luz del art. 6 de la misma “...se concluye que los requisitos indicados deben estar presentes en forma acumulativa para.....entender en un caso excepcional de urgencia (Numerales 44 a 49).

Como en el caso no se cumplen con los requisitos del literal b. (tratarse de bienes percederos, etc.) y si bien, prima facie, se cumplen las demás exigencias y de que “Se puede.....aducir que una decisión adoptada con rapidez reducirá los elementos de inseguridad jurídica que pueden surgir en tanto no se decida el objeto (de fondo) de la presente controversia...”⁶³, se concluye en que “A pesar de esos argumentos.....no puede el T.P.R. sustituir la voluntad de los Estados.....En consecuencia no puede el T.P.R. entender en la materia por medio de un procedimiento excepcional de urgencia...” (ver supra Numeral 2 b # 1). La decisión del Tribunal a la que esta exposición conduce, se encuentra en el apartado 2 de las mismas (ver infra literal f de este Numeral).

d. Posibilidad del acceso directo al T.P.R.. Este asunto se presenta señalando que Paraguay pidió, subsidiariamente al trámite de urgencia, se admitiera el acceso directo al Tribunal, arts. 1 y 23 del P.O. (verlos supra en Numeral 2 b # 2), y que las negociaciones directas exigidas por lo arts. 4 y 5 del P.O.⁶⁴ se dieran por cumplidas por imposibilidad de hecho, a lo que la demandada se opuso porque no se habían, ni siquiera intentado (Numerales 53 y 54).

Se recuerda luego que el art. 23 permite el acceso directo al T.P.R. (sin que se haya pronunciado un laudo anterior del que se recurra) cuando las partes lo acuerdan directamente, lo cual, se agrega, se justifica porque la decisión no se someterá a revisión y tendrá efecto de cosa juzgada y que “...no hay cualquier indicación de acuerdo entre las partes...” y, además “...los demandados, expresan que no dieron el consentimiento...” (Numerales 55 a 57).

A partir de ahí la mayoría del T.P.R. argumenta pretendiendo fundar su decisión tercera. Sostiene que en este caso, “El consentimiento de las partes configura condición fundamental para el ejercicio de la legitimidad jurisdiccional del T.P.R., al contrario (de lo que ocurre en) del proceso ordinario...”. El Tribunal en mayoría dice comprender el argumento de Paraguay “...de que el acceso a la jurisdicción directa es la vía necesaria para suspender un acto arbitrario, ni siquiera fue instado a manifestarse. Pero sin el consentimiento expreso, no puede el T.P.R. anteponerse al texto del P.O., a pesar que los daños que la demora en el proceso decisorio

⁶³ Esta manifestación del T.P.R. es muy significativa y resulta preocupante su decisión sobre el punto. Evidencia que sus miembros eran plenamente conscientes del daño que se producía al sistema Mercosur si se dejaba sin respuestas jurídicas a las interrogantes que abren la Decisión y la Declaración políticas adoptadas en la Cumbre del Mercosur del 29/06 y que, no obstante ello, al menos la mayoría por la cual se aprobó el apartado 3 del Laudo, no creyó necesario hacer un serio esfuerzo de interpretación progresiva para abrir la jurisdicción del T.P.R., lo que a nuestro juicio se podía y se debía hacer (ver supra Numeral 1 e infra Numeral 5) para evitar la destrucción de una obra integradora que lleva más de 20 años de funcionamiento, accidentado, a veces incongruente y en muchas ocasiones insatisfactorio, pero del que podía esperarse su continuidad y, quizá, el logro de sus propósitos.

⁶⁴ Art. 4: “Los Estados partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas”; el art. 5 indica que las negociaciones, salvo acuerdo, no excederán de 15 días desde que se comunicara la intención de negociar.

ordinario pueda causar a Paraguay o a la estabilidad jurídico-institucional en la región”⁶⁵. Señala la mayoría que el art. 4 P.O. establece que las partes de una controversia, antes de entablarla procurarán “...resolverla antes de todo, mediante negociaciones directas...” lo que Paraguay alega ser “...una cuestión de cumplimiento imposible...” por haber sido suspendido del Mercosur sin derecho a defensa. No obstante esto, la mayoría expresa que “...a pesar de la situación alegada...existe una disposición procesal que determina la forma de solicitar negociaciones directas con las partes adversas.....Si hubiera Paraguay solicitado negociaciones, de haber sido rechazadas, tendríamos una situación distinta. Pero no hay demostración en autos de que Paraguay haya buscado efectivizar las negociaciones directas exigidas por la norma” (Numerales 48 a 60). La mayoría sustenta sobre endebles argumentos formales, de procedimiento, la decisión que concretará en el apartado 3 de las mismas y que evitan pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que a nuestro entender se podía hacer (ver infra Numeral 5) y si esto hubiera ocurrido es posible que hubiera puesto orden, al menos jurídico, en un sistema de integración, el Mercosur, que, por esta excusa para no asumir jurisdicción evitando así sentar posición, queda sumido en el caos y a la deriva. Es en estos argumentos de la mayoría en que se pretende sustentar la Decisión 3 del Tribunal (ver infra literal f de este numeral).

e. La disidencia⁶⁶. En los últimos Numerales, del 61 al 65, se da cuenta de los argumentos de la minoría que se mostró discordante con el apartado 3 de la decisión.

La opinión disidente afirma que el art. 1 del P.O. señala el ámbito de competencia de T.P.R., el que “... tiene por finalidad resolver conflictos entre los Estados Partes⁶⁷.....Esta disposición (se

⁶⁵ Este asunto que nos ocupa, no deja de darnos sorpresas. La falta de objetividad y prudencia que se puso en evidencia antes de la cumbre de Mendoza, no condice con los antecedentes de Uruguay en la política internacional, ni con la posición que procura Brasil como parte de los BRICs y aspirante a un asiento permanente en el Consejo de Seguridad de NN.UU., aunque puede comprenderse en la caprichosa política internacional de Argentina. También impacta que un Jefe de Estado proclame que los intereses políticos pueden prevalecer, y en la realidad prevalecieron, sobre los compromisos jurídicos libremente asumidos. Ya expresamos que es totalmente sorprendente que tres Estados admitan y documenten en un escrito jurisdiccional que han participado en una intervención colectiva (ver supra llamada 46). Y, ahora, nos deja perplejos, que un tribunal de un sistema de integración, acepte por razones formales dejar en pie injusticias en que muy presumiblemente se ha incurrido, y sin importarle causar “...daños.....a la estabilidad jurídico-institucional de la región...”. Esto configura una falta de responsabilidad respecto a sus obligaciones y labores como jueces. La labor de un juez no es sólo aplicar la norma vigente, ni que cuando la norma no es suficientemente clara protegerse en razones formales, cuando existan posibilidades de intentar otras maneras de interpretar los textos, sino aplicar estrictamente las normas vigentes dentro de todas las posibilidades que ellas brindan, adaptándolas al caso concreto, para satisfacer las necesidades de justicia, certeza y seguridad de todas las partes en el litigio; deben también interpretar las normas positivas, cuando ellas dejen dudas, para lograr aquellos fines. Creemos que en este caso, jurídicamente era posible una interpretación más comprometidas con la finalidad integradora del sistema, que lograra su estabilidad gravemente agredida en sus bases jurídicas por la Decisión y Declaración de la cumbre de Mendoza; esto jurídicamente era posible y la minoría lo intentó fundando su posición disidente (ver infra literal e).

⁶⁶ Pese a los esfuerzos realizados no hemos podido recabar información acerca de cuantos fueron los votos disidentes, si uno o dos, ni de cuales fueron los árbitros que los pronunciaron; esta información no se consigna en el laudo.

⁶⁷ Es evidente que en la situación de autos existe un enorme conflicto de interpretación que no sólo afecta a los Estados partes, sino también a la congruencia y a la propia existencia del sistema en que esos Estados Partes se insertan. También es evidente que la función fundamental de todo tribunal, aún cuidando de los aspectos formales, es resolver los conflictos, llevar paz a las partes y salvaguardar el armónico desarrollo del sistema dentro del cual posee jurisdicción e imperium. Esto no significa que abogemos por la interpretación libre del derecho, teoría que nos parece lleva a la arbitrariedad y es peligrosa. Las reglas de la hermenéutica jurídica y las de la sana razón son rigurosas y deben respetarse siempre; el juez o árbitro debe tener siempre en cuenta que él no crea el derecho, sino que lo aplica. Pero la hermenéutica jurídica y la sana razón admiten que en ciertas circunstancias el juez o árbitro, actuando frente a un caso concreto, con sus particularidades propias haga aportes significativos. En los casos de competencia dudosa el juez o árbitro, cuando exista la más pequeña posibilidad procesal de asumirla, así debe hacerlo y adentrarse a solucionar el fondo del asunto; sobre todo en los casos en que los problemas sean difíciles de resolver y su existencia divide a las personas o entes sometidos a la jurisdicción del tribunal. Este es su trabajo y la única razón para que existen.

agrega) permite reflexionar si, de forma implícita y en circunstancias no previstas, excepcionalmente el T.P.R. podría entender en forma directa y sin el consentimiento de los demás Estados partes.” (Numeral 61).

También se señala que el art. 24 del P.O.P. reconoce la institución de las medidas excepcionales y de urgencia, de lo cual “...el T.P.R. podría eventualmente extender este tipo de medidas, no sólo sobre cuestiones (comerciales).....sino y prudentemente, en otras situaciones, como aquellas en que las partes acreditan que se les ha denegado el acceso jurisdiccional o que se les han cerrado las puertas a los demás procedimientos previstos para reclamar situaciones en que considere existan perjuicios irreparables y sensibles...”⁶⁸ (Numeral 62).

Se sostiene además que si los Estados demandados han decidido excluir a Paraguay de los órganos del Mercosur y si éste “...no puede iniciar los procedimientos para una instancia previa al T.P.R., resulta admisible considerar que estaría habilitado a recurrir en forma directa y no necesariamente por la vía de la Decisión 23/04 en situaciones excepcionales de urgencia.” (Numeral 63) y que, “...sin entrar a considerar en esta etapa la legalidad o no de la decisión por la cual se suspende a Paraguay, situación que no excluye su condición de Estado Parte, son inadmisibles situaciones en que se desconozca por la vía de hecho esta condición o que se impida o imposibilite su acceso al sistema jurisdiccional previsto para el Mercosur.” (Numeral 64).

En conclusión de ese razonamiento, que nos parece acertado, la opinión disidente considera “...que resulta evidente que un órgano con vocación y competencia jurisdiccional para resolver los conflictos de los Estados Partes, según el art. 1 del P.O., en la situación señalada (que es la de autos), debe entender en las medidas excepcionales y expedirse respecto a la legalidad o no de las decisiones de suspensión y de la incorporación de otro Estado como miembro pleno sin haber Paraguay ratificado su incorporación.”⁶⁹

f. La decisión. El Tribunal Permanente de Revisión resuelve sobre seis puntos: tres relativos a su competencia, uno el que admite la procedencia de otra instancia y dos formales de procedimiento. Los principales los reproduciremos textualmente y sintetizaremos el contenido de los demás.

1. Por unanimidad, de conformidad con las consideraciones precedentes, el Tribunal Permanente de Revisión decide, en relación con el planteo de los demandados de incompetencia *ratione materiae*, que la jurisdicción del sistema de solución de controversias del Mercosur abarca el examen de legalidad de la aplicación del Protocolo de Ushuaia.

2. Por unanimidad, el Tribunal Permanente de Revisión decide que no están presentes los requisitos para la admisibilidad del procedimiento excepcional de urgencia reglado en la Decisión 23/04.

3. Por mayoría, el Tribunal Permanente de Revisión decide que, en las condiciones de la actual demanda, resulta inadmisibles la intervención directa del T.P.R. sin el consentimiento expreso de los demás Estados Parte. Por la misma razón, considera el T.P.R. inadmisibles, en esta instancia, la medida provisional solicitada en el marco de la demanda.

4. Por unanimidad.....sin ingresar al fondo de la demanda.....no se pronuncia.....en relación con la demanda planteada en este procedimiento. La presente decisión no inhibe otros medios a los que puedan acudir los Estados partes en el marco del sistema de solución de controversias del Mercosur.

⁶⁸ Como ocurre a nuestro entender con Paraguay en el caso de autos.

⁶⁹ En líneas generales nuestra opinión concuerda con esta de la minoría del Tribunal. Ver supra Numeral 1 e infra Numeral 5.

Luego el Apartado 5 dispone cómo se sufragarán los gastos y el Apartado 6 declara oficial la versión en español y manda traducirla al portugués.

5. Nuestra opinión.

a. Introducción. A lo largo del desarrollo del tema, especialmente por medio de las llamadas, hemos planteado nuestra opinión sobre diversos aspectos del fondo del asunto ⁷⁰ y también lo hicieramos sobre muchos aspectos de los temas procesales que se plantean en la exposición del laudo. Además trataremos de ser claros sobre cual entendemos que es la función primordial de un juez o árbitro.

No nos ocuparemos nuevamente del fondo del asunto pues, desgraciadamente, el laudo no se ha ocupado de él, lo que nos impide analizarlo. Tampoco insistiremos sobre el enfoque que los árbitros dieron al caso, lo que ya no es una cuestión jurídica, sino de competencia profesional cuyo resultado por nadie puede ser juzgado, salvo por la conciencia de cada uno. Sí expondremos, brevemente, sobre las razones procesales, las que conducen a la decisión y las que abogaban por la apertura de la jurisdicción, pero se frustraron.

b. El ámbito socio-jurídico que correspondía al laudo. Tal como expresáramos al inicio de nuestro trabajo, el laudo nos parece técnicamente correcto. Los árbitros realizaron un análisis de la normativa que regula el procedimiento excepcional de urgencia y, amparándose estrictamente en los requisitos que se exigen para poder llevar adelante dicho proceso, rechazaron la demanda de Paraguay por razones de índole procesal. En síntesis, realizaron una interpretación jurídica conservadora y pacata de la normativa procesal que regula dicho procedimiento, lo que desembocó en una tibia decisión del Tribunal rechazando la demanda por razones de forma.

¿Por qué entendemos que dicha decisión es “conservadora y pacata”? Porque la mayoría podría haber optado por otro posicionamiento procesal, que le hubiese permitido al Tribunal analizar los temas de fondo que habían planteado ambas partes, a los efectos de lograr así una adecuada apertura y desarrollo del derecho en el marco del Mercosur⁷¹. Pensamos que el T.P.R. tenía la oportunidad histórica de haber sentando las bases jurisprudenciales para consolidar y fortalecer al Mercosur como mecanismo de integración regional, para vigorizarlo y otorgarle credibilidad internacional ante los demás Estados de la región y del mundo, para brindar seguridad y certeza como organización internacional, tanto frente a los Estados, como frente a los empresarios e inversores privados internacionales. Sin embargo, no lo hizo.

Es importante destacar, que esta visión no es exclusiva de los autores de este trabajo, sino que es compartida, en minoría, por, al menos, uno de los cinco árbitros que intervinieran el asunto ⁷². Así se desprende de los Numerales 61 a 65 del Laudo (donde se analiza esta “opinión en minoría”), y del propio Fallo, donde el Numeral 3 expresa: “**Por mayoría**, el Tribunal Permanente de Revisión decide que, en las condiciones de la actual demanda, resulta inadmisibile la intervención directa del T.P.R. sin el consentimiento expreso de los demás

⁷⁰ También se comentan estos asuntos en H. Arbuét-Vignali 2912, la gran mayoría de cuyas opiniones compartimos.

⁷¹ En forma similar a como lo hiciera en sus primeras épocas, el Tribunal de las Comunidades Europeas presidido por Pierre Pescatore, consolidando de esa manera el proceso de integración europeo.

⁷² Nuestra duda deriva de la opacidad del laudo respecto a la identidad del, o de los árbitro(s), que respaldan la opinión disidente (ver supra llamada 66).

Estados Parte. Por la misma razón, considera el T.P.R. inadmisibles, en esta instancia, la medida provisional solicitada en el marco de la demanda.” Por lo tanto, en este aspecto, la decisión no es unánime, existiendo una opinión minoritaria discordante que consideraba que el Tribunal podía y debía analizar el tema planteado por Paraguay y expedirse sobre las medidas provisionales peticionadas (o sea, sobre el fondo del asunto). Es precisamente en dicha posición, donde centraremos nuestra atención.

c. Excepcionalidad de la situación. Debe asumirse que lo que se plantea en la demanda configura la existencia de una cuestión fuera de los parámetros normales de los asuntos mercosureños, nunca dada antes y de difícil previsión al crearse las reglas. Al tratarse de una situación excepcional, su solución también tendría que haber sido excepcional. Por ello, para arribar a la misma, debían haberse considerado no solo todas las normas que conforman el marco jurídico del Mercosur, sino también, el hecho de que nos encontramos frente a una organización de integración regional que procura la conformación de un Mercado Común. En este marco de excepcionalidad, la figura del juez es fundamental para poder solucionar los problemas planteados, atento a que su labor es precisamente aplicar e interpretar todas las normas jurídicas que son de recibo en el caso objeto de la controversia, para poder satisfacer las necesidades de justicia, certeza y seguridad que buscan cada una de las partes en el litigio que las involucra. El interés de las partes que acuden a la vía jurisdiccional para solucionar su controversia es justamente solucionarla, o sea, que ese tercero imparcial que interviene le arroje luz al problema que provocó la controversia entre ambas. Esa es la función del juez. Lamentablemente la mayoría de los árbitros del T.P.R. se ampararon en meras razones formales para rechazar el reclamo de Paraguay y no analizaron el fondo del asunto, dejando así al Mercosur sumido en una profunda crisis muy difícil de superar. Creemos que jurídicamente era posible una interpretación más comprometida con la finalidad integradora del sistema, que lograra salvar la estabilidad institucional y jurídica del Mercosur, gravemente agredida en sus bases por la Decisión y Declaración de la Cumbre de Mendoza. Así también lo entendió la minoría, al fundar su posición disidente.

d. Posición del Tribunal al resolver el asunto. Al decidir sobre su competencia, el Tribunal puso en evidencia una posición favorable al desarrollo jurisdiccional tendiente a la consolidación y el fortalecimiento de la normativa Mercosur y del propio sistema. Esta fue la posición que asumió el Tribunal al analizar la “competencia *ratione materiae*” (específicamente en los Numerales 34 a 41), declarándose competente en el asunto a pesar de que el mismo no era de naturaleza comercial (Numerales 36 y 37), y asumiendo competencia para atender la legalidad de los procedimientos previstos en el Protocolo de Usuhia y entender en todas aquellas cuestiones relacionadas con la aplicación e interpretación de dicho Protocolo (Numeral 43).

Continuar por este camino al decidir sobre su competencia respecto a lo planteado sobre el fondo del asunto, hubiese conducido a fortalecer el proceso de integración entre las partes, y además, le hubiese brindado seguridad y certeza como Organización Internacional, tanto frente a los demás Estados de la región y del mundo, como frente a los empresarios e inversores privados internacionales. Estos desarrollos pretorianos son legítimos, especialmente en el marco de los sistemas multilaterales de integración. Lamentablemente esta posición solo fue sostenida por el T.P.R. en el primer caso, no habiéndola mantenido cuando llegó el momento de analizar el fondo del asunto que motivó el litigio que se le planteó.

Dentro de este contexto el Tribunal indicó expresamente en el Laudo que, en caso de no decidir sobre el fondo del asunto, podría constituirse en la región un escenario sumamente negativo para la integración que se pretendía lograr mediante el Mercosur, ya que “la demora en el proceso decisorio” podría causar, no solo daños al propio Paraguay (como país reclamante), sino

que además, podría llegar a afectar “la estabilidad jurídico-institucional en la región” (Numeral 58). El Tribunal era consciente de las consecuencias nefastas que podría traer aparejada una decisión que se quedase meramente en el ámbito formal y no entrase a dilucidar sobre el fondo; sin embargo, no tuvo la valentía necesaria como para asumir su rol de Tribunal de un sistema de integración (como verdaderamente lo sería el TPR), cuyo objetivo fundamental es no solo dar respuesta a los litigios para consolidar y fortalecer la integración regional, sino además, brindar seguridad jurídica y certeza a la organización internacional del cual depende. El se quedó tan solo en la consideración de meros aspectos formales.

Bajo esta misma línea conceptual, el Tribunal argumenta en su Laudo que “una decisión adoptada con rapidez reduciría los elementos de inseguridad jurídica que pueden surgir en tanto no se decida el objeto de la presente controversia” (Numeral 51). O sea, que es el propio Tribunal emergente de un sistema de integración regional, el que entiende que la no adopción de una rápida decisión en la controversia planteada ante él, ocasionaría una inseguridad jurídica al sistema, extremo éste de suma gravedad, teniendo en cuenta que es la seguridad jurídica un elemento fundamental dentro de una organización de integración regional. Entonces nos preguntamos ¿cual es la función de los órganos jurisdiccionales dentro de este tipo de sistemas? No es acaso brindarle seguridad jurídica al mismo, mediante la aplicación e interpretación de las normas jurídicas que resultan aplicables dentro de él. Entendemos que sí, y es por esa razón que creemos que el Tribunal no podía haber evadido su responsabilidad en el asunto y tendría que haberse expedido sobre el fondo de la cuestión.

e. Lo que pudo hacer y no hizo el Tribunal. Si analizamos el Preámbulo del Protocolo de Olivos, tal como lo hizo el Tribunal al momento de fijar su “competencia *ratione materiae*”, no debemos quedarnos solo con el párrafo analizado por éste en el Numeral 34 del Laudo⁷³, sino que además, debemos de tomar en consideración la totalidad de lo expuesto en dicho Preámbulo, lo que nos llevaría a adoptar una decisión diferente a la que arribó el Tribunal respecto al fondo del asunto. En efecto, al inicio de dicho Preámbulo, los Estados Partes del Mercosur reconocen “que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias” y, luego de considerar lo importante que es para dicha organización de integración regional la interpretación, aplicación y cumplimiento de toda la normativa del Mercosur en forma consistente y sistemática, culminan el mismo plenamente convencidos “de la conveniencia de efectuar modificaciones específicas en el sistema de solución de controversias de manera de consolidar la seguridad jurídica en el ámbito del Mercosur”. Por lo cual, se desprendería de dicho Preámbulo “tres ideas fuerza” que, a nuestro entender, no fueron debidamente analizadas por el Tribunal.

La primera “idea fuerza” que surge del Preámbulo del Protocolo de Olivos, esta relacionada con el requerimiento del “perfeccionamiento del sistema de solución de controversias” a los efectos de atender “la evolución del proceso de integración”; pero ¿cuál es el significado que se le debe de atribuir a esta expresión? En primera instancia, que todas las disposiciones del Protocolo están destinadas a favorecer el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias que se aplicará dentro del Mercosur y, en segunda instancia, que el objetivo fundamental que debe de tener en cuenta todo tribunal y, en especial, el T.P.R. que se crea especialmente por medio de este instrumento jurídico, es buscar mediante sus decisiones una mejora y desarrollo del sistema de solución de controversias. Esta conclusión se desprende, tan solo de analizar el sentido literal de la expresión “perfeccionamiento”. Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “perfeccionar” significa “acabar enteramente una obra, dándole el mayor grado posible de bondad o excelencia. Mejorar una cosa”, mientras que la palabra “perfeccionismo” significa “tendencia a mejorar indefinidamente un trabajo sin decidirse a

⁷³ “La necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur en forma consistente y sistemática”.

considerarlo acabado” (ver Diccionario Océano, 1997, pág. 583). Lamentablemente, la decisión que adoptó el Tribunal de quedarse al margen de la controversia que le habían planteado, está muy lejos de aportar al “perfeccionamiento del sistema”.

La segunda “idea fuerza” que surge del citado Preámbulo, está relacionada con la “necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento” de toda la normativa del Mercosur “en forma consistente y sistemática”, la cual fue fielmente seguida por el Tribunal en el Laudo, atento a que la relaciona (junto a otros fundamentos jurídicos) al momento de respaldar su posición favorable para asumir competencia en la controversia (ver Numeral 34). Lo que realmente no entendemos, es porqué el Tribunal, al enfrentarse al fondo del asunto, no valoró de la misma manera las demás disposiciones del Preámbulo, las cuales les hubieran aportado importantes insumos para poder entender en él.

Y la tercera “idea fuerza” que surge de dicho Preámbulo, está relacionada con “la seguridad jurídica” que debe de otorgar “el sistema de solución de controversias” al ámbito del Mercosur. Resulta evidente que todo sistema de solución de controversias que se desarrolla dentro de un modelo de integración regional, está destinado a otorgar certeza y seguridad jurídica, no solo a los propios Estados Miembros de la organización, sino además, a los terceros Estados y a los empresarios e inversores privados que tiene interés en desarrollar proyectos económicos dentro de dicha región. Por lo cual, cada vez que un tribunal deba de intervenir en alguna controversia que involucra a los propios Estados Miembros de la organización de integración regional (en este caso, el Mercosur), necesariamente deberá de tener presente este objetivo fundamental, a los efectos de otorgarle a la organización credibilidad, tanto interna, como internacional. Si una organización de este tipo carece de seguridad jurídica, está destinada, irremediablemente, a fracasar, atento a que le falta un valor fundamental que hace a la vida misma de este tipo de instituciones: confiabilidad y credibilidad en la aplicación e interpretación de la normativa jurídica vigente dentro de dicha organización. Entonces nos preguntamos, ¿el Tribunal era consciente que una decisión como la que tomó, podía poner, no solo en serio riesgo la “seguridad jurídica” del Mercosur, sino además, la propia estabilidad jurídica de dicho sistema? Y la respuesta, lamentablemente, es afirmativa, atento a lo que el mismo expresara en los numerales 51 y 58 del Laudo: “51. Se puede, incluso, aducir que una decisión adoptada con rapidez reduciría los elementos de inseguridad jurídica que pueden surgir en tanto no se decida el objeto de la presente controversia. 58. ... Pero, sin el consentimiento expreso, no puede el T.P.R. anteponerse al texto del P.O., a pesar de los daños que la demora en el proceso decisorio ordinario pueda causar a Paraguay o a la estabilidad jurídico-institucional en la región.”. Por esa razón y, a los efectos de salvaguardar la estabilidad y la seguridad jurídica del Mercosur, entendemos que el Tribunal no podía haber evadido su responsabilidad en el asunto y tendría que haberse expedido sobre el fondo de la controversia que le fuera planteada por parte de Paraguay.

Habiendo analizado estas tres “ideas fuerzas” que se desprenden del Preámbulo del Protocolo de Olivos, lo que nos queda es determinar cual es el alcance que, desde el punto vista jurídico, tiene el mismo dentro del ordenamiento jurídico del Mercosur. Tal como expresamente lo establece el Tribunal en su Laudo (Numeral 38), si bien “el preámbulo no crea obligaciones para las partes de un tratado internacional”, integra “su contexto para fines de interpretación”, en aplicación directa del Art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁷⁴; por lo cual, al momento de interpretar y analizar las disposiciones del Protocolo de Olivos que resultan aplicables a la controversia, la mayoría del Tribunal necesariamente debió de haber valorado adecuadamente todo lo que se establece en su Preámbulo, en especial, lo que denominamos en el presente trabajo como las “tres ideas fuerza” que se plasman en el mismo. De haber actuado de esta manera, seguramente hubiera asumido una posición distinta a la que asumió en definitiva en el Laudo.

⁷⁴ En este aspecto, debe destacarse que el numeral segundo del citado artículo 31, expresa: “Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:...”.

f. La disidencia minoritaria: el art. 1 del P.O.. En consonancia con la posición minoritaria, entendemos que no solo el Preámbulo le otorga al Tribunal la potestad de haber podido entender sobre el fondo del asunto, sino que además, el artículo 1 del P.O. también lo habilitaría a ello, atento a que la principal finalidad de dicho instrumento normativo es, precisamente, la de resolver las controversias que puedan surgir entre los Estados Partes respecto de la “interpretación aplicación o incumplimiento” de toda la normativa surgida dentro del sistema Mercosur ⁷⁵, a los efectos de otorgarle seguridad jurídica, no solo al propio sistema en sí, sino además, a todas las partes que se encuentran incluidas dentro del mismo, fundamentalmente los Estados miembros del Mercosur y los Estados aspirantes a miembros, coadyuvando así con la estabilidad jurídico-institucional de toda la organización de integración regional.

Y así fue como lo entendió la opinión minoritaria, de acuerdo con la posición que asumió en el Laudo, la cual se puede resumir en los siguientes términos: “...el art. 1 del P.O. indica el ámbito jurídico de competencias del T.P.R.: del mismo surge que tiene por finalidad resolver conflictos entre los Estados Parte sobre el marco normativo del Mercosur. Esta disposición permite reflexionar si, de forma implícita y en circunstancias no previstas, excepcionalmente el T.P.R. podría entender en forma directa y sin el consentimiento de los demás Estados Parte” (Numeral 61), por lo cual y, en relación con el presente demanda, entiende “...que el art. 24 del P.O. reconoce la institución de las medidas excepcionales y de urgencia”, no solo sobre cuestiones comprendidas en la Decisión 23/04, sino además, en cualquier otra situación, “...como aquellas en que las partes acrediten que se les ha denegado el acceso jurisdiccional o que se les ha cerrado las puertas a los demás procedimientos previstos para reclamar situaciones en que considere existentes perjuicios irreparables y sensibles” (Numeral 62); por lo cual, si Paraguay se encuentra privado de participar en los órganos del Mercosur y como Estado afectado “...no puede iniciar los procedimientos para una instancia previa al T.P.R., resulta admisible considerar que estaría habilitado a recurrir de forma directa y no necesariamente por la vía de la Decisión 23/04 en situaciones excepcionales de urgencia” (Numeral 63), resultando inadmisibles situaciones en que se desconozca, por la vía de hecho, la condición de Estado Parte del Paraguay, “...o que se impida o imposibilite su acceso al sistema jurisdiccional previsto para el Mercosur” (Numeral 64), concluyendo finalmente “...que resulta evidente que un órgano con vocación y competencia jurisdiccional para resolver los conflictos de los Estados Partes, según el art. 1 del P.O., en la situación señalada, debe entender en las medidas excepcionales y de urgencia y expedirse respecto a la legalidad o no de las decisiones de suspensión y de la incorporación de otro Estado como miembro pleno sin haber Paraguay ratificado su incorporación.” (Numeral 65).

Compartimos en un todo esta posición, atento a que entendemos que nos encontramos frente a una situación excepcional que, como tal, necesariamente también requería ser analizada de esa manera por parte de los árbitros y, sin lugar a dudas, frente a una situación de suma urgencia debido a que, no solo Paraguay estaba suspendido para actuar ante los órganos del Mercosur y, en consecuencia, tampoco podía “iniciar los procedimientos para una instancia previa el T.P.R.” (tal como lo expresa la citada opinión minoritaria), sino que además, los Estados Miembros del Mercosur que lo habían suspendido, también lo excluyeron como Estado Parte de la organización ⁷⁶, al decidir la incorporación al bloque regional de un nuevo Estado miembro, sin haber sido ratificada por parte de Paraguay su incorporación como tal. Al tratarse el problema planteado de una situación “excepcional y de urgencia”, que eventualmente podría llegar a ocasionar “daños irreparables”, tanto a Paraguay como Estado Parte, como al propio sistema de integración regional en un todo, la misma se encuentra claramente comprendida dentro del Art. 24 del Protocolo de Olivos, atento a que éste “reconoce la institución de las medidas

⁷⁵ Incluido el Protocolo de Ushuaia, tal como se afirmó en el Laudo.

⁷⁶ De la cual, reiteramos, estaba solamente “suspendido”.

excepcionales y de urgencia” (Numeral 62), teniendo por tanto el T.P.R., como órgano jurisdiccional con vocación de permanencia y creado especialmente por dicho Protocolo, competencia para entender en dicho asunto.

g. La disidencia minoritaria: la decisión 23/04. En cuanto a la aplicación de la Decisión 23/04, entendemos que ella lo que hace en verdad es desarrollar la idea que ya se había plasmado en el art. 24 estableciendo un procedimiento a aplicar a esos efectos⁷⁷. Cabría preguntarnos: ¿Qué pasaría si a un Estado Parte le resulta imposible acudir a otra vía, ya sea jurisdiccional, ya sea institucional dentro del Mercosur, y se encuentra comprendido dentro de una situación “excepcional y de urgencia” que, de no ser resuelta rápidamente, podría llegarle a ocasionar “daños irreparables”?; ¿Cuál otra vía le quedaría, si su Gobierno no es reconocido como interlocutor válido por parte de los demás Estados Partes del Mercosur?; ¿Qué otro camino le quedaría abierto para procurar una solución rápida y eficaz dentro del propio sistema de integración que conforma? Resulta evidente que, partiendo de la base que el Art. 24 del Protocolo de Olivos “reconoce la institución de las medidas excepcionales y de urgencia” (tal como lo expresa la opinión minoritaria en el Laudo), si se da el acaecimiento de una situación “excepcional y de urgencia” que pudiese llegar a ocasionar “daños irreparables” a uno de los Estados Parte del Mercosur, no estando dicha situación dentro las comprendidas en la Decisión 23/04, el T.P.R. igual tendría que asumir competencia en el asunto, atento a que de lo contrario, estaría vulnerando el propio espíritu del art. 24 del Protocolo; más, si se tiene presente que el Estado reclamante le resulta imposible acudir a otra vía, atento a que se encuentra suspendido dentro de la organización, no pudiendo por tanto participar en los órganos del Mercosur.

Por eso el sentido de las preguntas iniciales: si el T.P.R. no asume competencia en una situación así, escudándose en meras razones formales, ¿no estaría entonces vulnerando lo dispuesto en el art. 24 del Protocolo de Olivos? Es ésta la línea de pensamiento que sigue la posición minoritaria en el Laudo, al establecer que el T.P.R. “podría eventualmente entender en este tipo de medidas, no solo sobre cuestiones para las cuales fuera aprobada la Decisión 23/04, sino y prudentemente, en otras situaciones, como aquellas en que las partes acrediten que se les ha denegado el acceso jurisdiccional o que se les ha cerrado las puertas a los demás procedimientos previstos para reclamar situaciones en que considere existentes perjuicios irreparables y sensibles” (Numeral 62), concluyendo frente a ésta especial situación en la que se encuentra Paraguay (suspendido y sin derecho a participar en los órganos del Mercosur), que “si el Estado afectado no puede iniciar los procedimientos para una instancia previa al T.P.R., resulta admisible considerar que estaría habilitado a recurrir de forma directa y no necesariamente por la vía de la Decisión 23/04 en situaciones excepcionales de urgencia” (Numeral 63).

h. El consentimiento para abrir la jurisdicción. Respecto a la exigencia del consentimiento previo de los demás Estados Parte para poder acceder a la jurisdicción directa del T.P.R., si bien entendemos se trata de un requisito fundamental, de carácter procesal, sin el cual no se podría acceder a esta vía jurisdiccional, dicho requisito sería legítimamente aplicable en situaciones de absoluta normalidad institucional, cuando los Estados Parte, no solo no tienen ningún tipo de limitación en cuanto a sus posibilidades de actuación dentro de los órganos del Mercosur, sino además, cuentan con la posibilidad cierta de poder contactarse con los gobiernos de los demás Estados para requerirles su consentimiento para recurrir a la jurisdicción directa del T.P.R., tal como expresamente lo indica el art. 23 del Protocolo de Olivos.

Pero, si nos encontramos frente a una situación verdaderamente excepcional, donde el Estado que promueve el proceso ante el T.P.R. no tiene absolutamente ninguna posibilidad de obtener

⁷⁷ Establece el “procedimiento para atender los casos excepcionales de urgencia” reglamentando de esta manera el art. 24 del Protocolo de Olivos, indicando determinadas condiciones y formalidades para plantear dicho procedimiento ante el TPR.

dicho consentimiento en virtud de que su Gobierno no es reconocido por parte del resto de los Estados que integran el Mercosur y, además, tampoco puede acudir a los órganos del Mercosur atento a que se encuentra suspendido en sus derechos por una decisión adoptada por los propios Estados Miembros que no reconocen su Gobierno, ¿qué otro camino le quedaría dentro del Mercosur a dicho Estado que no sea el de recurrir a la jurisdicción directa del T.P.R.? En este marco, las preguntas que le deberíamos hacer al Tribunal serían: ¿Cómo podría Paraguay obtener el consentimiento de los demás Estados Parte del Mercosur, si ninguno de ellos reconocen a su Gobierno?; ¿existe la posibilidad jurídica de obtener dicho consentimiento?; ¿es viable en el ámbito internacional que un grupo de Estados que no reconocen el Gobierno de un tercer Estado, le otorguen al mismo su consentimiento para acudir a una vía jurisdiccional? Pero además, en caso de que le otorgaran dicho consentimiento, ¿dicho acto jurídico no podrá ser considerado como una aceptación tácita del Gobierno de ese Estado? Evidentemente que sí, no caben dos opiniones al respecto. Entonces nos volvemos a preguntar: ¿es coherente, desde el punto de vista del Derecho Intencional, que un tribunal internacional, como lo es el T.P.R. le exija a un Estado que reclama su intervención, que obtenga el consentimiento previo de los Estados que no reconocen su Gobierno, como condición necesaria para intervenir como órgano jurisdiccional?; ¿es coherente que un tribunal internacional se excuse de intervenir en un asunto para el cual tiene competencia para actuar, escudándose en la falta de un requisito imposible de lograr por parte del Estado reclamante?; ¿es coherente que un tribunal le exija a un Estado cuyo Gobierno no es reconocido por otros Estados, que obtenga el consentimiento de esos Estados que no reconocen su Gobierno? Sería una verdadera quimera, puesto que le estaría exigiendo el cumplimiento de un requisito absolutamente imposible de cumplir, tanto desde el punto de vista jurídico (porque implicaría el reconocimiento del Gobierno paraguayo), como desde el punto de vista fáctico (al estar suspendido y con un Gobierno sin reconocer, Paraguay no tiene, ni puede tener, vínculos político jurídicos con el resto de los Estados Parte del Mercosur).

i. Los daños causados por omisión. Esta situación de indefinición que adoptó el Tribunal, no solo puede ocasionar graves daños a Paraguay y afectar la estabilidad jurídico-institucional en la región (Numeral 58), sino que también podría ocasionar serios daños a empresas paraguayas si, en el marco del Capítulo XI del Protocolo de Olivos, desean reclamar contra alguno de los Estados Partes del Mercosur por motivo de la sanción o aplicación “de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal” en violación de la normativa del Mercosur (art. 39), atento a que, en principio, no tendrían “Sección Nacional del Grupo Mercado Común” ante quien acudir para efectuar dicho reclamo, ni tampoco tendrían la alternativa de ser defendidas por su propio Estado; por lo cual dicha situación quedaría eventualmente sin resolver, o quedaría a expensas del interés que tuvieran al respecto el resto de los Estados partes de la Organización. Lamentablemente, esto tampoco fue evaluado por el Tribunal al momento de eludir su responsabilidad y evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto que le planteó el Estado paraguayo.

Pero además, la ausencia de un laudo que se pronuncie sobre el fondo del asunto, también perjudica a los propios Estados denunciados ya que esto debilita a una institución, el Mercosur, que ellos crearon para su defensa común y que necesita ser fuerte en sus posicionamientos internacionales⁷⁸. Incluso, en este caso, al supuestamente “beneficiado indirecto”, Venezuela, también le perjudica esta decisión elusiva, porque le hace entrar al sistema dentro de una opacidad que propicia una actitud mendicante y controvertible.

j. En conclusión. Tal como lo expresáramos más arriba (ver llamada 67), es evidente que en la situación planteada existe un enorme conflicto de interpretación que no sólo afecta a los Estados Partes, sino también a la congruencia y hasta a la propia existencia del sistema en que

⁷⁸ Aunque ellos mismos, en forma incomprensible desde un enfoque jurídico doctrinario, fueron quienes pidieron al Tribunal que se excusara por incompetente.

estos se insertan. También es evidente que la función fundamental de todo tribunal, aún cuidando de los aspectos formales, es resolver los conflictos, llevar paz a las partes y salvaguardar el armónico desarrollo del sistema dentro del cual posee *jurisdictio e imperium*. Esto no significa que abogemos por la interpretación libre del derecho, teoría que nos parece lleva a la arbitrariedad y es peligrosa. Las reglas de la hermenéutica jurídica y las de la sana razón son rigurosas y deben respetarse siempre; el juez o árbitro debe tener siempre en cuenta que él no crea el derecho, sino que lo aplica. Pero la hermenéutica jurídica y la sana razón admiten que en ciertas circunstancias el juez o árbitro, actuando frente a un caso concreto, con sus particularidades propias haga aportes significativos. En los casos de competencia dudosa el juez o árbitro, cuando exista la más pequeña posibilidad procesal de asumirla, así debe hacerlo y adentrarse a resolver el fondo del asunto; sobre todo en los casos en que los problemas sean difíciles de resolver y su existencia divida a las personas o entes sometidos a la jurisdicción del Tribunal. Este es su trabajo y la única razón para que existan.

En conclusión, si ante hechos de esta naturaleza y gravedad, el máximo tribunal del sistema no se preocupa de esclarecerlos y de reorientar sobre bases claras las futuras actividades de la institución integradora, si sólo se limita a decir “no soy competente”, se abre entonces un vacío imposible de llenar, poniendo en evidencia que el Mercosur “...carece de un sistema jurídico para resolver una cuestión tan grave...”. Nos encontramos pues, ante un Mercosur sin seguridad jurídica, ante un Mercosur sin estabilidad jurídico-institucional, ante un Mercosur sin credibilidad internacional.

OBRAS CITADAS.

1. ARBUET-VIGNALI, Heber (1997): Simetrías y asimetrías entre los procesos de integración de la Unión Europea y del Mercosur. En La Ley, lunes 30 de junio de 1997. Buenos Aires, Argentina, 1997.
2. ARBUET-VIGNALI, Heber (1998): Las relaciones entre los sistemas jurídicos del Mercosur y los sistemas internos de sus Estados partes. En libro colectivo: Roma e América Latina. Diritto romano comune. Roma 1998.
3. ARBUET-VIGNALI, Heber (1999): El Protocolo de Ouro Preto. Sus problemas y evaluación. En libro colectivo: Chile y el Mercosur en América Latina. Ediciones jurídicas de Chile, Santiago de Chile 1999.
4. ARBUET-VIGNALI, Heber (2004): Claves jurídicas de la integración. En los sistemas del Mercosur y de la Unión Europea. Ed. Rubizal-Culzoni, Editores. Buenos Aires, 2004.
5. ARBUET-VIGNALI, Heber (2004/1): Marco histórico y conceptual del ingreso de la norma Mercosur en el ámbito interno. En Revista de Derecho Comercial. Montevideo 2004.
6. ARBUET-VIGNALI, Heber (2012): Crisis en Paraguay. ¿O en los conceptos jurídicos y políticos de su región? En soporte digital. Estudios del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales). Estudio N° 04/12, Montevideo 11 de junio de 2012. www.curi.org.uy.
7. ARBUET-VIGNALI, Heber (2012 t/p): La soberanía en la época posmoderna. Teoría y doctrina. Libro en trámite de complementación y publicación.
8. ARBUET-VIGNALI, Heber (2012/1): La importancia de la piratería para el sistema jurídico internacional posmoderno. En Revista Naval, N° 70 Montevideo, septiembre 2012.
9. BUONOMO, Dante (1998): Dedicatoria al Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga. En Revista: Temas de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, N° 4, Montevideo 1998.

10. DICCIONARIO OCEANO de la Lengua Española, Editorial Océano Grupo Editorial S.A., Barcelona, España 1997.
11. DWORKIN, Ronald (1988): El imperio de la justicia. Ed. GEDISA, Barcelona 1988.
12. HART, Herbert (op.cit.): El concepto de derecho. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
13. KELSEN, Hans (1965): Principios de Derecho Internacional Público. Ed. El Ateneo. Buenos Aires 1965.
14. LOCKE, John (1659): El segundo tratado de gobierno. Traducción Mario H. Calichio. Ed. Ágora. Colección Hombres y Problemas N° 24. Buenos Aires 1959.
15. PÉREZ OTERMIN, Jorge (1995): El Mercado Común del sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1995.
16. REY CARO, Ernesto (2002): El protocolo de Olivo para la solución de controversias en el Mercosur. Ed. Marcos Lerner. Córdoba, Rep. Argentina, 2002.
17. VIEIRA, Manuel A., ARBUET-VIGNALI, Heber y VEIDA MAGYAR, Vilma (1975): Legislación Internacional. Documentos. 6 volúmenes. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1975.