

RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MERCOSUR, Y ANOTACIONES COMPLEMENTARIAS

Jorge W. Peyrano
Profesor de Derecho Procesal Civil
Universidad Nacional de Rosario
Universidad Católica de Rosario

"La necesidad del proceso para tener razón, no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón"
Eduardo García de Enterría

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los temas centrales de estudio y preocupación está constituido por el régimen cautelar. Hoy se afirma, por ejemplo, que media un "interés constitucional" en que se proporcione al justiciable una tutela cautelar efectiva,¹ y que si ella no se brinda hay incumplimiento de la garantía de tutela judicial efectiva expresamente asegurada, v.gr., por el artículo 24 de la Constitución española.

Se observa, que también concita un especial interés el llamado Derecho Comunitario, que si bien guarda alguna conexión con el Derecho Internacional Privado y con el Derecho Internacional Público es, en esencia, una realidad distinta.

El objetivo del presente es poner en contacto sendos tópicos y verificar qué sucede con los mismos en el seno de ese tercer "gran tema" que es para nosotros el Mercosur.

Derecho de la Integración, Mercosur, medidas cautelares (en el orden que prefiera el lector) son tres "grandes temas" de hoy. Ahora bien: indudablemente el análisis propuesto en el epígrafe requiere un examen, aunque sea mínimo, de los tres "grandes temas" referidos". Caso contrario, resultaría extremadamente difícil aplicar las peculiaridades propias del régimen cautelar correspondiente al Mercosur.

Nuestra época asiste al paso progresivo, pero no exento de dificultades, de una sociedad internacional fundada en el principio de soberanía, a una sociedad global integrada por grandes espacios económicos unidos por intereses comunes y con ciertos principios de supranacionalidad. Los principales resultados de este proceso son los diversos organismos de integración regional, tales como la Unión Europea, el Nafta y el Mercosur. No cabe duda de que la experiencia del Mercosur resulta especialmente significativa para nosotros, por su cercanía cultural y geográfica, y por los importantes vínculos económicos que nos unen a dicho organismo. Por tal motivo, no puede pasarse por alto el estudio de los diversos aspectos que configuran el régimen legal del Mercosur, entre ellos, el de la tutela judicial efectiva y una de sus manifestaciones más importantes, el régimen de las medidas cautelares. Esta es, precisamente, la tarea que emprende en el presente artículo el distinguido procesalista argentino Jorge Peyrano.

¹ García de Enterría, Eduardo, "La batalla por las medidas cautelares". 2a. Edición. Madrid: Edit. Civitas, 1995. p. 14/5.

II. ¿QUÉ ES INTEGRACIÓN?

No es sencillo definir de una vez que es "integración", otorgándole a este vocablo el significado económico-jurídico que le cuadra hogaño. Por ello, es que se nos ocurre más provechoso aportar algunos síntomas demostrativos de que se está procurando en algún sector una suerte de integración.

En primer término, cabe destacar que hablar de "integración", es predicar la consolidación de grandes espacios económicos donde imperen cuatro "libertades" de circulación: de personas, de bienes, de servicios y de factores productivos;² libertades que en todos los casos (y aunque no hubiera mediado transferencia alguna de soberanía a un ente supranacional) siempre acarrearán alguna dosis de abdicación de soberanías en orden, especialmente, a la concertación de políticas económicas con objetivos regionales. Ello hace que la armazón jurídica de todo fenómeno de integración deba ser interpretada también en base a principios económicos y no exclusivamente en función de conceptos jurídicos.³ Tales "grandes espacios económicos" pueden tener mayor o menor extensión, pero siempre son de carácter "regional"; vale decir, que relacionan a naciones geográficamente próximas y (por lo común) con afinidades no sólo comerciales o de estructura productiva, sino también de otra índole (culturales, por ejemplo). En estadios avanzados de integración -a los que nunca se llega de una vez, sino a través de pasos sucesivos y distanciados entre sí- ya se habla de "comunidad"; por lo que puede caracterizarse esta última como una fase desarrollada de un proceso de integración. Debe señalarse que cuando se está ante una verdadera "comunidad" y se instrumenta un verdadero sistema jurídico comunitario: "...el Derecho a surgir de sus fuentes constituirá Derecho propio de los Estados miembros, con fuerza jurídica

de penetración en el ordenamiento interno de los países miembros, lo que deberá revelarse en tres de las notas peculiares del Derecho Comunitario, a saber: a) la aplicabilidad inmediata, b) el efecto directo de las normas, c) la primacía sobre los derechos nacionales. En síntesis, el Derecho Comunitario, cuando es operativo, no configura ni constituye Derecho extranjero, ni es tampoco Derecho Internacional, sino, principalmente, Derecho interno, tanto de la comunidad como de los países miembros.⁴ En realidad, la labor de los jueces nacionales es fundamental para asegurar la primacía del Derecho Comunitario por sobre el Derecho interno.⁵ Más aún: en sistemas comunitarios "de punta" (tal como el diseñado por la Unión Europea) se acepta "...el principio de la plenitud de competencia, el cual implica que el juez nacional encargado de aplicar, dentro de su competencia, las disposiciones de Derecho Comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicadas, si fuera necesario, por su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, aún posterior, sin que tenga que esperar la eliminación previa de dicha norma, sea por la vía legislativa o por otra vía constitucional prevista en el orden interno."⁶ Más todavía: se asegura la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del Derecho Comunitario merced a la cooperación de la Corte europea, que la concreta a través del recurso o incidente de prejudicialidad. Dicho órgano jurisdiccional - a pedido del juez nacional- proporciona la inteligencia correcta de las normas comunitarias en aparente conflicto con otras de Derecho interno.⁷ Interesa subrayar que se ha considerado admisible el incidente de admisibilidad, inclusive tratándose de una medida precautoria cuya procedencia (o improcedencia) podría comprometer a los principios comunitarios.⁸

² Dreyzin de Klor, Adriana. "El Mercosur: generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado". En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. No. 6. p. 497.

³ Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El juez frente al Derecho Comunitario". En: *El Derecho*, Tomo 148, p. 136.

⁴ Highton, Elena y Susana Lambois. "Modificación y efectividad del Derecho en los países del Mercosur". En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. No. 6. p. 443. En el mismo sentido se pronuncia el trabajo citado en la nota 2 y el suscrito por Eduardo Oteiza y Guillermo Tempesta: "El desafío del mercado único. Su significado en la experiencia de la Comunidad Económica Europea y las perspectivas que ofrece el Mercosur". En: *J.A.*, 1991. IV. p. 805.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. p. 827.

⁶ *Ibid op cit.* p. 828.

⁷ *Ibidem*. p. 833: "El sistema de la prejudicialidad supone un procedimiento de cooperación entre la Corte y los jueces nacionales destinado a asegurar la uniformidad en la interpretación y la aplicación del Derecho Comunitario... El juez nacional resuelve el litigio; el tribunal comunitario responde, a título prejudicial, a cuestiones de interpretación o de la validez del Derecho Comunitario que el primero le plantea... El procedimiento, entonces se desarrolla entre jueces y no entre partes. El juez nacional sólo puede dirigirse a la Corte y no a otros órganos comunitarios".

⁸ Kemelmajer de Carlucci, ob.cit. p. 834.

Y, ¿qué es el Derecho Comunitario?, que no es Derecho Internacional Privado⁹ ni, claro está, Derecho Internacional Público, puesto que, mientras aquél presupone (o por lo menos tiende a) la creación de organismos supranacionales¹⁰ con la consiguiente renuncia de una porción de soberanía por parte de los Estados miembros, éstos parten de la premisa del respeto a la soberanía de los Estados respectivos. Sobre el particular, se ha dicho: “El Derecho Internacional Privado clásico corresponde al marco de una sociedad internacional de Estados soberanos ...la integración es un *status* jurídico en el cual los Estados entregan algunas de sus prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área dentro de la cual circulan libremente y reciban el mismo trato las personas, los bienes, los servicios y los capitales, mediante la armonización de las políticas correspondientes y bajo una égida internacional.”¹¹

Resulta característicamente “comunitario” la transferencia de algunas de las competencias de los Estados partes a determinados órganos comunitarios.

Como se sabe, una comunidad es una creación del Derecho y a la vez una fuente de Derecho y de un correlativo orden jurídico. Si es así, debemos profundizar un poco más acerca de las singularidades del Derecho Comunitario. Por lo pronto, lo corriente es que los Tratados de integración, tal como el de Asunción de 1991, constitutivo del Mercosur,¹² sean “Tratados-marco”¹³, que requerirán el posterior complemento de Protocolos;¹⁴ siendo habitual que ulteriores adhesiones al Tratado inicial de integración del caso, importen la adhesión tácita a todos los Protocolos adicionales concretados a la fecha de la incorporación de un nuevo Estado parte.

Se han clasificado las fuentes del Derecho Comunitario en: obligatorias (Tratados fundacionales, reglamentos, directivas, decisiones), no obligatorias (dictámenes, recomendaciones), actos *sui generis* (reglamentos internos, declaraciones) y complementarias (Derechos nacionales de los Estados partes, Derecho Internacional, costumbre, doctrina). También se ha categorizado a las normas comunitarias según hubiera sido su génesis, distinguiendo así entre el Derecho Comunitario originario (que es el que surge de los Tratados y de los Protocolos) y el Derecho Comunitario derivado, que es el producto de los organismos creados por el Derecho Comunitario originario.¹⁵

Es también propio de etapas avanzadas del Derecho Comunitario poner énfasis en preservar el principio de igualdad,¹⁶ llevando su defensa hasta el límite de lo sutil, tal como sucede con el concepto de “discriminación indirecta” (que se da cuando existe discriminación, pese a las apariencias) acuñado por el Tribunal de Luxemburgo de la Unión Europea. Claro está que al decir “sutil” no estamos denunciando que existan desbordes en la inteligencia de lo que debe interpretarse por “igualdad” en el marco de la Comunidad Europea. Así es que, v.gr., el Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos ha aceptado, en algunos casos, que ciertas desigualdades son compatibles con sociedades democráticas.

El proceso de integración acostumbra ir acompañado por el propósito de armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros de las comunidades respectivas,¹⁷ armonización que es una de las premisas para el éxito del Derecho Comunitario en cuestión y el consiguiente cumplimiento de sus fines. Mientras se completa la susodicha armonización legislativa, deviene imperioso que las

⁹ Highton Elena y Susana Lambois, ob. cit. p. 454.

¹⁰ Dreyzin de Klor, Adriana, ob. cit. p. 493.

¹¹ Vitébori, Juan Carlos. “Solución de controversias en el sistema del Mercosur”. En: La Ley 1995-A. p. 717.

¹² El Tratado de Asunción fue aprobado por la Argentina por Ley 23.981 del 15 de agosto de 1991. Está en vigencia desde el 29 de noviembre de 1991. Tiene un texto principal y cinco anexos.

¹³ Vitébori, ob.cit. “el tratado de Asunción es un ‘tratado marco’ porque contiene, más bien, enunciados programáticos y principios genéricos no desarrollados minuciosamente, unidos a normas de orientación sobre la política a seguir”.

¹⁴ Landoni Sosa, Angel. “La solución de controversias en el Mercosur. Análisis del Tratado de Asunción y de los Tratados de Brasilia y de Ouro Preto” En: Publicación del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, p. 15: “El término ‘Protocolo’ se suele utilizar en la práctica internacional para referirse a instrumentos celebrados en el marco de acuerdos más amplios a los que el Protocolo viene en cierta forma a complementar”.

¹⁵ Dalla Via, Alberto. “Sobre la justicia y el Derecho en el Mercosur”. En: El Derecho. Tomo 148. p. 894.

¹⁶ De la alocución pronunciada por la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci el 14 de agosto de 1997, con oportunidad de incorporarse a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

¹⁷ Cfr. el tenor del artículo 1 del Tratado de Asunción de 1991, constitutivo del Mercosur.

desarmonías que puedan registrarse no den lugar a la invocación abusiva del orden público interno para quitarle operatividad a normas de Derecho Comunitario.¹⁸ En su lugar, se debería echar mano (llegado el caso) al denominado orden público internacional, que es un instituto que funciona por vía de excepción¹⁹ y que tiene límites más acotados que el orden público interno.

Igualmente, puede considerarse identificatorio de un Derecho Comunitario, la comprobación de que se está ante un cuerpo jurídico que, si presenta algún vacío o dificultad exegética, puede recurrir preferentemente -por vía de analogía y de integración- a normas componentes del mismo. En consonancia con lo expresado se ha propuesto, por ejemplo, que el Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur se complemente con el tenor del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional del mismo sistema comunitario.²⁰ En otras materias, se ha sugerido realizar algo parecido.²¹

Pero, si algo caracteriza a un proceso de integración en franco progreso, es la constitución de un Tribunal Superior Comunitario munido de potestad para imponer la primacía del Derecho Comunitario por sobre las legislaciones internas,²² debiendo insistir en que la creación de la mencionada Corte no quita que los jueces nacionales tengan competencia en materia de Derecho Comunitario.²³ Existen, en los tiempos que corren, varios tribunales de justicia internacionales, algunos de los cuales son de índole comunitario.²⁴

Hasta aquí hemos consignado los principales síntomas de la presencia de un proceso de integración y también los reveladores de un estadio avanzado del mismo cual es la "comunidad". De algún modo puede entenderse que dichos rasgos identificatorios se encuentran sintetizados en los llamados Principios Generales del Derecho Comunitario: "principios de no discriminación, de preferencia comunitaria, de primacía del Derecho Comunitario sobre los derechos nacionales, de aplicación uniforme del Derecho Comunitario y de fidelidad comunitaria, que son diferentes de los principios generales del Derecho Internacional."²⁵ Desde otra perspectiva se ha expresado que son inherentes al Derecho Comunitario los principios de igualdad, cooperación, solidaridad y libertad.²⁶

III.- EL MODELO MERCOSUR

Inicialmente, es menester reconocer que el Mercosur, constituido por el Tratado de Asunción de 1991²⁷ (hoy sin óbices constitucionales en Argentina, merced al tenor del artículo 75 inciso 24 de la Constitución nacional), debe ser calificado como un proceso de integración regional que relaciona a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, pero que en modo alguno puede caracterizarse como una "comunidad" equiparable al modelo resultante de la Unión Europea. En buena medida, contribuyen a dificultar un progreso más decidido en pos de un modelo regional más integrado, las evidentes asimetrías macroeconómicas existentes entre algunos de los Estados partes (así, entre Argentina y

¹⁸ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto, en medidas cautelares, un hito en la cooperación jurisdiccional entre los Estados partes del Mercosur". En: Voces Jurídicas (Mendoza). No. 5. p. 231, "entendemos que entre países en proceso de integración, la excepción de orden público debe ser interpretada de manera restrictiva a efectos de que invocaciones abusivas de la misma no se traduzcan en graves trabas a la adecuada regulación de las relaciones privadas internacionales entre los Estados partes o en inmotivadas causas de denegación de prestación de auxilio internacional. En consecuencia, creemos que el concepto de orden público debe ser concebido en el sentido de orden público internacional, noción no necesariamente coincidente con el de orden público interno..."

¹⁹ Dreyzin de Klor, Adriana. "Algunas reflexiones al Protocolo de Medidas Cautelares". En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. No. 8. p. 531.

²⁰ Ibid op cit p. 538.

²¹ De Hesus, Margarita. "Cooperación Judicial Internacional en materia cautelar". En: Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur, obra dirigida por el doctor Angel Landoni Sosa. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1997. p. 171.

²² Landoni Sosa. Ob.cit. p. 131: "La Comisión Nacional de Juristas del Uruguay (creada para pronunciarse sobre el particular) sostuvo que no puede existir un ordenamiento jurídico eficaz y efectivo, sin un tribunal de justicia que garantice la legalidad y uniformidad del mismo".

²³ Highton, Elena y Susana Lambois. Ob.cit. p. 467.

²⁴ Así, el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, cuyo Estatuto es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo), la Corte Interamericana de Derecho Humanos con sede en Costa Rica.

²⁵ Landoni Sosa. Ob.cit. p. 122.

²⁶ Dreyzin de Klor, Adriana. "El orden público sub-regional". En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. No. 12. p. 523.

²⁷ Ibid nota. 12.

Brasil). Si bien no en tren de formalizar un proceso de integración regional, lo cierto es que con anterioridad a la concertación del Tratado de Asunción, se habían formalizado múltiples convenios entre Argentina, Paraguay y Uruguay: Conviene recordar que siempre siguen rigiendo las convenciones internacionales más amplias. Es tradicional en el Derecho Interamericano reconocer que la suscripción de un convenio multilateral, como el Tratado de Asunción de 1991, no impide la operatividad de otros anteriores formalizados por menos partícipes pero más favorables a la cooperación e integración regionales.²⁸ La virtualidad propia del Tratado de Asunción de 1991, creador del Mercosur, ha sido la de haber obtenido el ingreso a un mecanismo regional del vecino "remiso", que era Brasil. Aun así, debe puntualizarse que el mencionado Tratado de Asunción no fue en realidad constitutivo del Mercado Común del Sur, sino que diseña la metodología para llegar a la conformación del mismo, que aún se encuentra en proceso de gestación.²⁹ Por ello es que "en el Mercosur los Estados partes optaron inicialmente y por el período de transición, por una estructura internacional, austera, débil o precaria."³⁰ Por ello es que en el Mercosur las decisiones no se toman por mayoría, sino por consenso y con la presencia de todos los Estados partes.³¹ De todo ello, se concluye que es prematuro hablar de un verdadero Derecho Comunitario en el Mercosur.³² Lo que se corresponde con el hecho de que el interés por el Mercosur no es parejo en los cuatro países que lo componen, advirtiéndose mayor interés en Uruguay.³³ Es más: subsisten en algunos miembros (Brasil), reparos constitucionales que entorpecen una integración más firme.

De todo lo expresado se deriva que por ahora el modelo Mercosur posee más características de Zona de Libre Comercio que de sistema comunitario al estilo europeo. Se ha indicado que puede haber influido (y seguir influyendo) en las diferencias existentes entre el sistema comunitario europeo y el del Mercosur, la estructura parlamentarista de los gobiernos de la mayoría de los países que componen la Unión Europea, que se contraponen al corte presidencialista de los gobiernos de los países del Mercosur.³⁴

Corresponde subrayar tres aspectos fundamentales que diferencian nítidamente al Mercosur de la Unión Europea: a) carece el primero de órganos comunitarios supranacionales, b) los ciudadanos del Mercosur no poseen legitimación expedita para hacer valer "per se" sus derechos comunitarios³⁵, porque aquél ha sido concebido como una relación entre Estados.³⁶ Por supuesto, que de resultar perjudicados los particulares a raíz del incumplimiento de normas del Mercosur, y de fracasar sus intentos de convocar la atención estatal para que interceda en defensa de sus intereses,³⁷ todavía pueden intentar hacer valer sus derechos ante el Poder Judicial de su propio país o ante el del Estado afectante según correspondiera.³⁸ Asimismo, podrían recurrir a la intervención de tribunales arbitrales institucionales;³⁹ c) los jueces nacionales no aplican las normas de integración del Mercosur.⁴⁰

Pero lo que quizás defina mejor la existencia de un verdadero sistema comunitario, es la presencia en la cúspide del sistema de solución de controversias adoptado, de un Tribunal o Corte Suprema encargado de resguardar la primacía del Derecho Comuni-

²⁸ Tellechea Bergman. Ob.cit. p. 215.

²⁹ *Ibidem*, p. 206.

³⁰ Highton Elena y Susana Lambois. p. 438.

³¹ *Ibidem*. p. 442.

³² Dreyzin de Klor, Adriana. "El Mercosur: generador de.." p. 494.

³³ Dalla Via. Ob.cit. p. 893.

³⁴ Lavopa, Jorge. "Organización institucional y Derecho Comunitario en el Mercosur". En: ED T. 148. p. 909.

³⁵ Dreyzin de Klor, Adriana. "El Mercosur: generador de.." p. 492.

³⁶ Highton Elena y Susana Lambosi. Ob.cit. p. 464.

³⁷ Vitébori, ob.cit.pág. 721.

³⁸ Hightom Elena y Susana Lambois, pág. 465.

³⁹ Vitébori. Ob.cit. p. 721.

⁴⁰ Tal afirmación debe formularse con reservas puesto que los jueces nacionales pueden llegar a aplicar dichas normas como sucede, precisamente, con el Protocolo de Cooperación Judicial Internacional en materia de medidas cautelares de Ouro Preto.

tario y su interpretación uniforme y obligatoria.⁴¹ Sin un adecuado mecanismo de solución de controversias se torna aún más dificultoso el proceso de integración, tal y como ha acontecido con la A.L.A.L.C, la A.L.A.D.I. y el Grupo Andino.⁴²

En lugar de haberse optado -como lo hiciera la Unión Europea- por la creación de una Corte con el carácter de Tribunal permanente, preeminente y dotado de sólidas y claras atribuciones,⁴³ el Mercosur ha instrumentado un mecanismo de resolución de controversias cuyo tramo final está dado por la intervención de un Tribunal Arbitral que se designa *ad hoc*, caso por caso.⁴⁴

El Protocolo de Brasil de 1991 sobre Solución de Controversias ha creado un tribunal arbitral del cual se ha predicado que es flexible,⁴⁵ obligatorio,⁴⁶ rápido y no permanente. El sistema escogido reconoce antecedentes americanos.⁴⁷ Por lo común, se le enjuicia desfavorablemente, entre otros motivos, porque su calidad de tribunal no permanente⁴⁸ entorpece la consolidación de una jurisprudencia comunitaria. No obstante, pensamos que también tiene tantos en su haber. El procedimiento de acceso al Tribunal Arbitral referido y los plazos previstos para el dictado de sus laudos, no pueden ser objeto de mayores críticas. Adviértase, por ejemplo, que en la actualidad el Tribunal de la Unión Europea tarda algo más de dos años en emitir sus decisiones.⁴⁹ Del mismo modo, creemos que la jurisdicción arbitral obligatoria y automática establecida es de la mayor

importancia.⁵⁰ Somos de la idea de que el Tribunal Arbitral generado por el Protocolo de Brasilia de 1991, sobre Solución de Controversias, constituye el primer embrión de un organismo supranacional (discontinuo en su accionar) con potestad para imponerse sobre la regla del "consenso" entre los Estados partes, que impera hoy en el marco del Mercosur. Tal sospecha se ve reforzada por el hecho de que se acepta la validez de los laudos arbitrales por mayoría, no exigiéndoseles unanimidad.⁵¹ Eso sí: debemos admitir que las medidas de retorsión⁵² previstas para el supuesto de incumplimiento de los laudos del Tribunal Arbitral del Mercosur,⁵³ son menos contundentes que las derivaciones resultantes de la falta de acatamiento de las sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo de la Unión Europea.⁵⁴ Cabe aclarar que el sistema vigente en materia de solución de controversias en el seno del Protocolo de Brasilia de 1991 es el correspondiente al llamado período de transición, que debía fenecer antes del 31 de diciembre de 1994 y ser reemplazado desde esa fecha por un sistema permanente. Afortunadamente, el referido Protocolo contempló que en la hipótesis de que no se acordara el sistema permanente en el tiempo previsto seguiría rigiendo el mecanismo de transición.

A continuación, pasaremos revista a los principales (no a todos) documentos convencionales constitutivos de lo que podríamos llamar "Derecho Principal del Mercosur", para luego mencionar algunos otros instrumentos internacionales regionales con fuerte

⁴¹ Landoni Sosa. Ob cit. p 117.

⁴² Highton Elena y Susana Lambois. Ob.cit. p. 456.

⁴³ Dichas facultades surgen del artículo 171 del Tratado de la Unión Europea, suscripto en Maastrich el 7 de febrero de 1992.

⁴⁴ Cfr. articulado del Protocolo de Brasilia para las soluciones de controversias, de 1991.

⁴⁵ Dalla Via ob.cit. pág. 895.

⁴⁶ Rizzo Amorino y Raquel Rodríguez. "El arbitraje: es una solución eficiente de conflictos en el ámbito del MERCOSUR?". En: La Ley 1994-B. p. 769.

⁴⁷ Dalla Via. Ob cit. p. 896. Los antecedentes que se siguieron para el sistema adoptado son los artículos 18 y 19 del Acuerdo entre Canadá y EEUU y el Acuerdo entre México y Chile.

⁴⁸ Highton Elena y Susana Lambois. Ob cit. p. 461.

⁴⁹ Dalla Via. Ob cit. p. 896.

⁵⁰ Landoni Sosa. Ob cit. p. 120.

⁵¹ Highton Elena y Susana Lambois, pág. 462.

⁵² Vitébori. Ob cit. p. 720.

⁵³ Highton Elena y Susana Lambois. Ob cit. p. 462: "El laudo no le dice al país que anule la medida de que se trata. Solamente expresa: esa medida no es pertinente al Tratado, no es adecuada... si un Estado parte no cumpliera el laudo del Tribunal Arbitral en el plazo de treinta días los otros Estados partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporales tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento. En definitiva, se trata de una medida típica de Derecho Internacional: "Si tú no cumples con el Tratado yo tomaré la decisión que corresponda como contrapartida, pero nada más".

⁵⁴ Cfr. el tenor del artículo 171 del Tratado de Maastrich.

incidencia sobre las relaciones (pasadas, presentes y futuras) entre los países integrantes de aquél, con especial referencia a los que tuvieran vinculación con la temática de las medidas cautelares y sus aledaños.

En cuanto a los primeros, comenzaremos la enumeración con el Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, La República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Mercosur) suscrito en Asunción en 1991.⁵⁵ Después, respetando el orden cronológico, tenemos el Protocolo de Brasilia para las Soluciones de Controversias de 1991;⁵⁶ el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, de 1991, de Las Leñas;⁵⁷ el Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994⁵⁸ y el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, de Ouro Preto de 1994.⁵⁹

En lo que hace a lo segundo, destacamos las denominadas Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), que han aprobado más de dos decenas de Convenciones interamericanas, muchas de ellas suscritas por Argentina, Paraguay y Uruguay. Entre ellas resaltamos (por su especial relación con la cuestión aquí abordada) las siguientes: La Convención Interamericana de 1975 sobre Cartas Rogatorias,⁶⁰ la CIDIP II, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979⁶¹ y la CIDIP III, firmada en La Paz en 1984, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre la Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de la Sentencia Extranjera.

De igual forma, debemos citar a los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 y de 1940 (suscritos por Argentina, Paraguay y

Uruguay, pero no por el Brasil) que concretaron, en ciertos aspectos, una integración más fuerte que la resultante del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios.

IV. LAS DOS VERTIENTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MODELO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR: A TÍTULO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL O EJECUTABLES COMO EXPRESIÓN DE UN DERECHO COMUNITARIO NACIENTE.

A. A TÍTULO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. ¿Qué es cooperación judicial internacional?

Media auxilio o cooperación judicial internacionales cuando un Estado desarrolla una actividad procesal al servicio de un proceso en trámite o a iniciarse ante "extraña jurisdicción."⁶² Por supuesto que el requerimiento de medidas cautelares a ser cumplidas en un país distinto al del juicio principal en el que se solicitan, integra la llamada cooperación judicial internacional,⁶³ aunque también existe tal cooperación en asuntos de mero trámite, de índole probatoria o relacionados con las ejecuciones de sentencias extranjeras.

Tal imposición de prestar cooperación judicial internacional se considera fundada en la necesidad de las naciones de no aislarse de las demás, subrayando que se la debe visualizar en el marco del Mercosur, como una verdadera obligación del Estado requerido.⁶⁴ Dicha obligación de auxilio se explica y legitima cuando se verifica la imposibilidad de un órgano judicial de concretar actos procesales (notificaciones, citaciones, emplazamientos, etc.) en el territorio correspondiente a otros Estados.

⁵⁵ Cfr. nota. 12.

⁵⁶ El Protocolo de Brasilia, fue ratificado por los cuatro Estados Miembros.

⁵⁷ Este Protocolo fue ratificado por la Argentina por Ley 24.578 del 25 de octubre de 1995.

⁵⁸ Este Protocolo fue ratificado por la Argentina por Ley 24.579 del 25 de octubre de 1995.

⁵⁹ Este Protocolo (también ratificado por los cuatro Estados Partes) está en vigencia desde el 15 de diciembre de 1995. Fue ratificado por Ley argentina 24560.

⁶⁰ Tellechea Bergman, Eduardo. "La cooperación judicial internacional del mero trámite y probatoria". En: Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur. p. 154.

⁶¹ Dreyzin de Klor, Adriana. "Algunas reflexiones..." p. 521.

⁶² Tellechea Bergman, Eduardo. "La cooperación judicial internacional..." p. 151.

⁶³ De Hegedus. Ob cit. p. 165.

⁶⁴ Ibid ob.cit. p. 167.

En puridad, la Cooperación Judicial Internacional forma parte del Derecho Internacional Privado.⁶⁵ Empero, no cabe duda de que el establecimiento de un régimen fluido de auxilio jurisdiccional entre Estados que se encuentran inmersos en un proceso de integración, viene a favorecer el desarrollo de este último.

2. El Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur (PMC) de 1994 y sus antecedentes.

Reconoce como antecedentes⁶⁶ a la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Medidas Cautelares (vigente, entre otros Estados, entre Argentina, Paraguay y Uruguay) aprobada por la II Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), y también a los Tratados de Montevideo (firmados igualmente por los susodichos Estados) de Derecho Procesal Internacional, de 1889 y 1940.

La citada CIDIP II consagra soluciones más favorables a la Cooperación Judicial Internacional en materia cautelar que las establecidas por el P.M.C. de 1994. Pese a ello, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 de este último,⁶⁷ sigue en pie en lo que hace a Argentina, Paraguay y Uruguay, la normativa proveniente de la CIDIP II.⁶⁸

3. Visión Preliminar Global del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994 (PMC)

En primer término, es preciso destacar que la confección de este Protocolo presenta algunas desprolijida-

dades, ello se nota ya desde el artículo 1,⁶⁹ precepto que intenta definir (con poco rigor técnico) lo que debe interpretarse por "medida cautelar", cuyo concepto relaciona, equivocadamente, de modo necesario con la noción de "irreparabilidad del daño". Tampoco la redacción del artículo 3⁷⁰ es un dechado de excelencia técnica. Indudablemente, la redacción del PMC no ha pasado por la criba de expertos en materia procesal.

Asimismo, consignamos que el documento en análisis posee alcances extensos. Como regla, rige sin que importe la materia ni la estructura del proceso en el cual se solicitan las medidas cautelares del caso.⁷¹ Tampoco admite limitaciones temporales, puesto que rige sin importar que se trate de una cautelar postulada antes de promover el principal, durante el trámite de éste y aún después de que hubiera recaído sentencia firme y se estuviera en trance de ejecución.⁷² Es más: se ha reputado que su imperio alcanza a las diligencias para asegurar prueba anticipada.⁷³

Creemos que merece un comentario elogioso la preocupación que evidencia por regular exhaustivamente la temática cautelar, máxime cuando se memora la exigua regulación que recibe el punto en el seno del sistema comunitario europeo.

Ahora bien: tanta amplitud de horizontes, ¿tiene límites? Veamos. ¿Podría, por ejemplo, aplicarse el PMC para requerir cooperación judicial internacional para concretar una medida autosatisfactiva?, que *stricto juris* no es una diligencia cautelar a pesar de su afinidad con ella.⁷⁴ Con alguna vacilación, se

⁶⁵ Dreyzin de Klor. "Algunas reflexiones..." p. 515.

⁶⁶ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 214.

⁶⁷ Artículo 26 del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto: "Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados partes".

⁶⁸ Dreyzin de Klor, Adriana. "Algunas reflexiones..." p. 523: "La Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares es más abierta para la cooperación internacional que el Protocolo aprobado. A pesar de ello, este documento no implica en absoluto un retroceso a nivel de Acuerdo Internacional pues se dejó a salvo la posibilidad de aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación, contenidas en otras Convenciones sobre la materia, que se encuentran en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados partes".

⁶⁹ Artículo 1 del PMC: "El presente Protocolo tiene por objeto reglamentar, entre los Estados partes del Tratado de Asunción, el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer no hacer".

⁷⁰ Artículo 3 del PMC: "Se admitirán las medidas cautelares preparatorias, las incidentales de una acción principal y las que garanticen la ejecución de una sentencia".

⁷¹ Artículo 2 del PMC: "Las medidas cautelares podrán ser solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil".

⁷² Cfr. nota 70.

⁷³ Dreyzin de Klor, Adriana, "Algunas reflexiones...", p. 519.

⁷⁴ Peyrano, Jorge W. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas". En: Jurisprudencia Argentina. Boletín del 4 de Junio de 1997. p. 2.

registran voces que están por la afirmativa.⁷⁵ Puede también ocurrir que el país requerido no discipline en su Derecho interno la medida cautelar solicitada. Frente a ello, se ha indicado que correspondería no acceder al requerimiento.⁷⁶ Sin embargo, creemos que podría haber una perspectiva más favorable para la ejecución de la medida cautelar solicitada desconocida en el Estado requerido, si este último contara en su Derecho interno con la medida cautelar genérica.⁷⁷

4. ¿Cuáles son los órganos estatales que deben dictar y ejecutar las medidas cautelares del caso?

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 del PMC⁷⁸, se exige que la medida cautelar haya sido dictada por órganos que desempeñen función jurisdiccional habitual, y la misma exigencia se repite a la hora de determinar cuál órgano estatal debe ejecutar la medida cautelar solicitada.⁷⁹ La CIDIP II formaliza exigencias similares.

Toda cooperación internacional cautelar, entonces, debe ser requerida y diligenciada por tribunales de justicia,⁸⁰ posición clásica en Derecho Interamericano. Supone la actuación de órganos independientes (formen parte o no del Poder judicial) con aptitud para emitir resoluciones con autoridad de cosa juzgada. Se ha dicho que "la calidad de jurisdiccional del exhortado corresponde sea calificada de acuerdo al Derecho de origen de la rogatoria, posición con amplia recepción en la doctrina regional... solución no excluyente, empero, de que el Estado rogado en defensa de su inconculcable orden público nacional deniegue la cooperación en casos de notoria ausencia en el requirente de cualidades que hagan a un verdadero Tribunal."⁸¹

5. Quid de la competencia internacional para decretar la medida cautelar cuyo cumplimiento se requiere y su posible revisibilidad por el juez requerido. Competencia de urgencia

El artículo 4 del PMC decreta que la medida cautelar solicitada debe haber sido dispuesta por el tribunal "competente en la esfera internacional" sin esclarecer el alcance de la mencionada locución. La CIDIP II se ocupa de la determinación de la referida competencia internacional, estableciendo que la tienen los jueces que poseen competencia sobre el fondo del asunto que ha dado origen a la cuestión. Sucede que el indicado Convenio Internacional rige para Argentina, Paraguay y Uruguay y no así para Brasil, por lo que respecta a las relaciones que involucren a éste con aquéllos deberá acudirse a otro criterio para dilucidar la cuestión, sin perjuicio de subrayar que (de ordinario) el incluido en la CIDIP II será el pertinente.

En cuanto a la posibilidad de que el juez rogado examine la competencia del requirente, se registran polémicas y vacilaciones, aunque existen opiniones concluyentes acerca de que el tenor del artículo 8 PMC⁸² daría pie para rehusar el incumplimiento de la medida encomendada por reputar incompetente al tribunal exhortante.⁸³

Llegados aquí interesa puntualizar la existencia de una suerte de "competencia de urgencia" cautelar conocida como "principio de la jurisdicción más próxima".⁸⁴ La institución consagrada por el artículo 10 de la CIDIP II (firmada por Argentina, Paraguay y Uruguay) finca en la habilitación del juez del lugar donde se encuentran las personas o bienes que

⁷⁵ De Hegedus, Margarita, ob.cit. pág. 167 y 168.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 174.

⁷⁷ Así, el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina consagra la medida cautelar genérica.

⁷⁸ Artículo 4 del PMC: "Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los Jueces o Tribunales de los otros Estados Partes, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida".

⁷⁹ De Hegedus, Margarita, ob.cit.pág. 169.

⁸⁰ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 216: "La cooperación cautelar debe ser requerida y diligenciada por Tribunales de Justicia, posición clásica en Derecho Interamericano. Supone la actuación de órganos independientes (formen parte o no del Poder Judicial) capaces de resolver con autoridad de cosa juzgada".

⁸¹ Tellechea Bergman, Eduardo. "La cooperación judicial internacional..." p. 156.

⁸² Artículo 8 del PMC: "El Juez o Tribunal del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de la medida, o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia, de conformidad con los términos de este Protocolo".

⁸³ Dreyzin de Klor, Adriana. "Algunas reflexiones..." p. 530.

⁸⁴ Vid. De Hegedus Margarita. Ob.cit. p. 165. Corresponde formular algunas observaciones. Así, procede aplicar el instituto aunque no mediara requerimiento del tribunal competente en el principal y aun cuando ni tan siquiera estuviera éste en trámite. Por supuesto que la diligencia, luego de concretada, se incorporará al proceso principal correspondiente. Esta facultad cautelar es usada frecuentemente para detener buques de bandera extranjera al entrar en aguas territoriales. Cierto es que tal competencia de urgencia no está contemplada por el PMC, pero conforme a su artículo 26 rige en las relaciones entre Argentina, Paraguay y Uruguay, en su carácter de firmantes de la CIDIP II.

es necesario cautelar prestamente, para que proceda (a solicitud fundada de parte) cautelarmente.

6. Requisitos de procedencia de la medida cautelar solicitada, régimen especial del recaudo, "contracautela"

El examen de los presupuestos del despacho favorable de una medida cautelar (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela) debe hacerse (como regla) por el tribunal requirente de la cautela conforme surge del artículo 5 PMC. Sucede que el artículo 6 del PMC, resuelve que "la ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los jueces o Tribunales del Estado requerido, según sus leyes", con lo que está fijando a la ley del juez requerido como la que debe regular no sólo el procedimiento de ejecución de la medida, sino también que será el tribunal rogado el que deberá valorar la idoneidad de la contracautela propuesta. Ciertamente ello no parece desencaminado cuando se recuerda que dicha valoración se refiere a la ejecución de la cautelar respectiva más que a su procedencia.⁸⁵ Como fuere, lo indudable es que el régimen legal resultante puede suscitar algunas situaciones fuera de lo corriente. Así, se ha anotado la siguiente: "Ahora bien, como en el caso de una medida cautelar extraterritorial, ésta se va a llevar a cabo en otro Estado, puede resultar que la garantía constituida en el lugar del proceso principal no resulte adecuada o suficiente en el Estado de cumplimiento, y por ello se reserva a la competencia del tribunal de este último lugar la determinación de la garantía a prestar en su propio Estado, no sólo del monto sino también de la propia naturaleza de la garantía a prestar. Ello podría implicar una doble constitución de garantía para la solicitud de la medida, en el Estado del requirente a efectos de que la decrete, y en el Estado del requerido, o podría darse la hipótesis de que se ofrezca en el Estado del requirente y se constituya en el Estado requerido luego de la aprobación de este último."⁸⁶ Esta última modalidad parece más conveniente, puesto que

la concurrencia de contracautela sólo es menester para efectivizar la precautoria respectiva.

7. Vías para materializar la solicitud de traba de una medida cautelar

El artículo 18 PMC es contundente al respecto.⁸⁷ Se reclama, en todos los casos, la formulación de exhorto, contemplando el artículo 20 del PMC que: "Cada Estado parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y transmitir las solicitudes de cooperación cautelar". Cabe acotar que se encuentran en funciones las Autoridades Centrales de Argentina y Uruguay.⁸⁸ La referida modalidad jurisdiccional para concretar la cooperación judicial internacional es característica de los países latinoamericanos.

En la materia posee suma importancia la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (ratificada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, entre otros) y su Protocolo Adicional de Montevideo de 1979, ratificado, entre otros, por Argentina, Paraguay y Uruguay.⁸⁹

Precisamos, una vez más, que se exige que el pedido de cooperación judicial internacional provenga de órgano jurisdiccional y que deba ser diligenciado también por tribunales de justicia del Estado requerido.⁹⁰

En cuanto a la forma de transmisión de los exhortos y al requisito de su legalización, se admiten:⁹¹ "... las vías recibidas por el moderno Derecho Interamericano: diplomática o consular, autoridad central y a cargo de la propia parte interesada. En tanto vías oficiales, las vías diplomático-consular y las autoridades centrales no requieren de legalización. La transmisión de la rogatoria vía particular exige el cumplimiento de tal requisito". Conviene traer a cuento que el artículo 19 párrafo 4 del PMC estatuye que: "Los Jueces o Tribunales de las zonas fronterizas de los Estados partes podrán transmitirse en forma directa los exhortos o cartas rogatorias previstos en este Protocolo, sin necesidad de legalización".

⁸⁵ Peyrano, Jorge W. *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial*. 2a. Ed. Rosario: Editorial Zeus, 1997. p. 89: "Habida cuenta de que la contracautela no es recaudo de procedencia del dictado de una medida precautoria, sino de su ejecución, el otorgamiento de una contracautela con posterioridad a la traba de una medida no le quita validez a ésta."

⁸⁶ De Hegedus, Margarita. p. 163.

⁸⁷ Artículo 18 del PMC: "la solicitud de medidas cautelares será formulada a través de exhortos o cargas rogatorias, términos equivalentes a los efectos del presente Protocolo."

⁸⁸ Tellechea Bergman, Eduardo. "La cooperación judicial..." p. 154.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 157.

⁹¹ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 217.

8. El concepto de orden público como óbice

El artículo 17 del PMC reza: "La autoridad jurisdiccional del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de una carta rogatoria referente a medidas cautelares, cuando éstas sean manifiestamente contrarias a su orden público". Liminarmente debemos recordar las consideraciones que efectuáramos anteriormente acerca de lo que debe interpretarse en la especie por orden público. Además, recalamos que la concurrencia del mismo es de interpretación restrictiva⁹² y que, por ende, en la duda debería estarse más bien por su improcedencia en el caso.

Según algunas opiniones, un espacio válido de aplicación del citado artículo 17 PMC estaría representado por una solicitud de embargo respecto de un bien inembargable conforme la ley del tribunal exhortado.⁹³

9. Régimen de la modificabilidad o cese de la cautelar dispuesta

Margarita de Hegedus, sostiene (con apoyo en lo normado por el artículo 7 inciso a) del PMC) que "en cuanto a la mutabilidad de la medida cautelar decretada debe señalarse que la misma es competencia del juez exhortado. Es decir, que la posible ampliación, reducción o sustitución de la medida, corresponderá a la competencia del exhortado. Ello en función de que los bienes, personas o derechos que pudieran resultar afectados por la medida se encuentran en el territorio de éste y por tanto parece natural que se encuentre en mejores condiciones para su regulación."⁹⁴

En cambio, el cese de la medida cautelar trabada le incumbe, en principio, al tribunal exhortante, salvo que la parte afectada justificara su completa improcedencia.⁹⁵

10. Tercerías de dominio y otras opciones

Del tenor del artículo 7 inciso c) del PMC, se desprende que las tercerías de dominio se sustanciarán y resolverán por el juez exhortado y de acuerdo a la

ley del lugar del emplazamiento del bien.⁹⁶ Tal solución no hace otra cosa que recoger "el principio general relativo a que las cuestiones de carácter real se encuentran necesariamente sujetas a los tribunales y a las leyes del lugar de situación de los bienes. Tal lo dispuesto por los tratados de Montevideo de 1889 (artículos 26 y 27) y de 1940 (artículos 32 y 64). Similar solución recibe la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares (artículo 5 *in fine*)."⁹⁷

Contrariamente, las oposiciones realizadas por los presuntos deudores o por otros interesados siempre y cuando no comprometan derechos reales, se ciñen a los términos del artículo 9 PMC, que dispone lo siguiente: "El presunto deudor de la obligación, así como los terceros interesados que se considerasen perjudicados, podrán oponerse a la medida ante la autoridad judicial requerida. Sin perjuicio del mantenimiento de la medida cautelar, dicha autoridad restituirá el procedimiento al juez o tribunal de origen para que decida sobre la oposición según sus leyes, con excepción de lo dispuesto en el artículo 7, literal c)."

11. Autonomía de la cooperación judicial internacional cautelar

Bajo el epígrafe indicado se conoce el principio recogido en el artículo 10 PMC,⁹⁸ conforme al cual la ejecución de la cautelar requerida no involucra el compromiso de reconocer o ejecutar la sentencia definitiva que recaiga en el principal; principio éste también incorporado al artículo 6 de la CIDIP II.

B. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EJECUTABLES EN EL MARCO DEL MERCOSUR COMO EXPRESIÓN DE UN DERECHO COMUNITARIO NACIENTE.

Ante todo, debemos puntualizar que el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias no puede utilizarse para todas las contiendas que puedan surgir entre los Estados partes, sino exclu-

⁹² De Hegedus, Margarita. Ob cit. p. 172.

⁹³ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 231.

⁹⁴ De Hegedus, Margarita. Ob cit. p. 173.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 173.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 175.

⁹⁷ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 222.

⁹⁸ Artículo 10 del PMC "El cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicará el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal".

sivamente para resolver cuestiones vinculadas al Mercosur.⁹⁹

Que sentado lo anterior, precisamos que el artículo 18 del susodicho Protocolo establece lo siguiente: "1. El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio tribunal establezca, para prevenir tales daños. 2. Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal Arbitral determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo a que se refiere el artículo 20". ¿Con la locución "medidas provisionales", está aludiendo el PMC a las cautelares clásicas o a algo más? Por ejemplo, a la posibilidad de dictar resoluciones anticipatorias al estilo de las previstas por el artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil.¹⁰⁰

En cualquier supuesto, nuestra posición es que se ha dejado en manos del Tribunal Arbitral una potestad cautelar muy amplia, siendo de destacar que el tenor del citado artículo 18 del precitado Protocolo da pábulo hasta para despachar medidas innovativas,¹⁰¹ diligencias éstas que son las más enérgicas de la panoplia cautelar moderna.

No se crea que el régimen consagrado está exento de lunares. Así, por ejemplo, no contempla expresamente cuáles son las consecuencias del incumplimiento de las medidas provisionales despachadas. Pese a lo expresado, pensamos que el reconocimiento de una suerte de potestad cautelar en cabeza del Tribunal Arbitral instrumentado por el Protocolo de Solución de Controversias, refuerza nuestro convencimiento de que dicho organismo constituye un conato de creación de un ente con facultades supranacionales. Sin embargo, reiteramos: sólo la

creación de entidades supranacionales y en especial de órganos jurisdiccionales con tal calidad, asegura el crecimiento y desarrollo vigoroso de un verdadero Derecho Comunitario.

V. CONCLUSIONES

1) El modelo de integración Mercosur no constituye una comunidad a la usanza europea y ni tan siquiera un mercado común. Vive una etapa de transición, no obstante lo cual se advierten algunos síntomas alentadores como el representado por el surgimiento de un embrión de organismo supranacional cual sería el Tribunal Arbitral creado por el Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias. Nos asalta la duda acerca de si, realmente, desde la fecha del Tratado de Asunción (1991) hasta lo que corre, se podía esperar mucho más. Barruntamos que no. Comparemos los seis años transcurridos desde la firma del Tratado de Asunción con los más de cuarenta años sobrevenidos desde que se concerta el núcleo original¹⁰² de lo que es hoy el Tratado de la Unión Europea;¹⁰³ actualmente integrada por quince países miembros y que está regida por instituciones comunes: un Parlamento elegido democráticamente; un Consejo que representa a los Estados miembros al nivel de ministros o, menos frecuentemente, de Jefes de Gobierno; una Comisión, guardiana de los Tratados, dotada de poderes de iniciativa legislativa y ejecutiva; un Tribunal de Justicia, etc.

2) El Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto (1994) (vigente en materia de cooperación judicial internacional cautelar en el marco del Mercosur) presenta algunas desprolijidades técnicas y defectos de redacción. Ello no es óbice para que deba ser elogiado por su omnicomprensividad de la problemática cautelar, y también por ajustar sus soluciones a los antecedentes correspondientes del Derecho Interamericano.

⁹⁹ Boldorini, María Cristina. "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias". En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. No. 6. p. 478.

¹⁰⁰ Cfr. trabajo citado en nota.

¹⁰¹ Peyrano, Jorge W. *Medida cautelar innovativa*. Bs. As.: Editorial Depalma.

¹⁰² La Comunidad del Carbón y del Acero fue resultado del Tratado de París de 1951.

¹⁰³ El Tratado de la Unión Europea fue la consecuencia del Acuerdo firmado en Maastrich en 1992.