

Sección Derecho de la Integración

Relato

Los alcances de la implementación del proyecto de protocolo de creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR

Dra. Graciela R. Salas¹

Sumario: Introducción. ¿La creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR constituye un requisito esencial para el actual sistema mercosureño? La vinculación entre la estructura del MERCOSUR actual y el sistema de solución de controversias. El proyecto de creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR. a) Oportunidad y objeciones a su creación. b) Modificaciones al actual sistema de solución de controversias. c) Competencias de la Corte de Justicia del MERCOSUR d) El rol de la Corte en una nueva institucionalidad. Conclusiones.

Resumen

El proyecto de creación de una Corte de Justicia del MERCOSUR plantea una serie de interrogantes.

El primero, es analizar si la creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR constituye un requisito esencial para el actual sistema de integración.

Segundo, teniendo en cuenta la vinculación entre la estructura del MERCOSUR y su sistema de solución de controversias, se estudia este proyecto, considerando las oportunidades y objeciones a su creación, modificaciones al actual sistema de solución de controversias que requiere su implementación y las competencias de la futura Corte.

Concluimos este trabajo, analizando el rol que la Corte de Justicia tendría en una nueva institucionalidad del MERCOSUR.

Abstract

The project of creating a Court of Justice of MERCOSUR raises a number of questions.

First, is to analyze if the creation of the Court of MERCOSUR is an essential requirement for the current system integration.

Second, given the link between the structure of MERCOSUR and its dispute settlement system, this project is studied, considering the opportunity and objections to its creation, modifications to the current dispute settlement system needed to implement and competencies the future Court.

We conclude this work by analyzing the role the Court would have on a new institutional framework of MERCOSUR.

Introducción

La primera y crucial pregunta acerca de la necesidad de contar con un tribunal seguramente nace desde la misma creación de MERCOSUR por el Tratado de Asunción de 1991 (en adelante TA), en el que el sistema de solución de controversias era remitido por el Anexo III a un

¹ Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, y en la Universidad Blas Pascal, modalidad presencial.

instrumento que se celebraría posteriormente, es decir el [Protocolo de Brasilia](#)² (en adelante PB), firmado el mismo año. Es decir que la organización nació sin necesidad de contar con un tribunal³, más allá de que el cumplimiento de sus objetivos aconsejara la instauración de un sistema de solución de controversias.

Aquí es importante detenerse en el carácter de organización internacional intergubernamental que reviste aún hoy el Mercado Común del Sur (en adelante [MERCOSUR](#)). De esta forma comenzamos a diferenciar a esta organización subregional de otros procesos de integración. Por otra parte, dentro de las características institucionales que revistió desde su creación, no se había considerado esencial más que a un órgano plenario, el Consejo, y un órgano más ejecutivo, como el Grupo Mercado Común. De ahí que el sistema de solución de controversias, cuya importancia no se descartó en ningún momento, no se haya integrado originariamente a esa estructura institucional y con posterioridad se optara por apoyar ese sistema en la conformación de tribunales arbitrales ad hoc⁴. Tampoco creó un órgano jurisdiccional el [Protocolo de Ouro Preto](#)⁵ (en adelante POP), que introdujo la reforma más profunda en el sistema mercosureño, con la continuidad en la vigencia, en esa etapa, del PB.

Posteriormente sería el [Protocolo de Olivos](#)⁶ (en adelante PO) el que avanzaría hacia la creación del Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR), con características *sui generis* en tanto daba continuidad al sistema arbitral que había funcionado durante la vigencia del PB mientras que creaba el TPR con competencias para actuar en revisión de los laudos arbitrales de los tribunales ad hoc, también como tribunal arbitral, con la posibilidad de un recurso de revisión de los laudos arbitrales ante dicho tribunal y como tribunal de instancia única. Ahora bien la competencia para actuar como tribunal revisor de un laudo arbitral es lo que hace particular a este sistema de controversias, atento a que no es de la esencia del arbitraje la existencia de este recurso⁷. Otra de las características generales del PO es que deja abierta la posibilidad de un recurso a otro sistema de solución de controversias como es el de la [Organización Mundial del Comercio](#) (en adelante OMC) según lo establecido por el art. 1 inc. 2 del PO. Finalmente, en este recorrido general vemos que en el art. 3 de este mismo protocolo surgió la competencia para emitir opiniones consultivas.

El PO fue complementado luego por normas adicionales, entre ellas su Reglamento, aprobado por el CMC en su Dec. 37/03⁸, la Dec. CMC 23/04 sobre Procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia”, y la Dec. 02/07 Reglamento del Procedimiento para la

² Disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/680/1/solucion_de_controversias_final_-_02-01-2012.pdf

³ Dentro de la teoría de las organizaciones internacionales no existe división de poderes, de allí que contar con un tribunal no sea esencial a su existencia.

⁴ El sistema arbitral hunde sus raíces en la más profunda antigüedad y es ampliamente conocido desde tiempos inmemoriales en el DI. En apretadísima síntesis podemos decir que es de la esencia de esta institución: el acuerdo arbitral por el cual las partes eligen este medio de solución pacífica, el compromiso arbitral en el que establecen las normas de procedimiento, la obligatoriedad del laudo y la inexistencia de otros recursos que no puedan ser resueltos por el propio tribunal.

⁵ Disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/680/1/solucion_de_controversias_final_-_02-01-2012.pdf

⁶ Este Protocolo reemplazó al Protocolo de Brasilia. Disponible en:

http://www.mercosur.int/innovaportal/file/680/1/solucion_de_controversias_final_-_02-01-2012.pdf

⁷ Es por ello que venimos sosteniendo que la creación del TPR por el PO abre la posibilidad de superar la instancia arbitral hacia la conformación de un tribunal internacional con otras características, cuando la estructura institucional de MERCOSUR así lo permita.

⁸ Surge de dicho reglamento la no obligatoriedad de las opiniones consultivas solicitadas al TPR.

solicitud de Opiniones Consultivas del Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia.

Pero posiblemente el mayor impulso de la idea de crear un tribunal de justicia se produjo a partir del VIº Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR⁹ (Brasilia, 21/11/08), cuando, a propuesta del Presidente del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil, las supremas cortes estatales se abocaron al estudio de este tema.

En el VIIº encuentro (Buenos Aires, 02/09/09)¹⁰, se produjeron importantes avances en este tema. En primer lugar, en su conferencia, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Min. Lorenzetti, defendió decididamente la creación de una CJ en el MERCOSUR y fue acompañado por sus colegas de los restantes EP, que agregaron la necesidad de reforzar los mecanismos para el cumplimiento de las sentencias de dicho tribunal.

En la [Declaración final](#)¹¹, se adoptaron resoluciones tendientes a: i) la conformación de una comisión ad hoc, conformada por representantes de cada corte suprema, con la tarea de elaborar una propuesta de CJ regional, que debía ser presentada en el VIIIº Encuentro (Brasilia, 2010); ii) que dicha propuesta, dentro de la tarea encomendada, debía consultar a otros poderes de los Estados y al PM. Para alcanzar sus objetivos esta comisión especial deberá tomar en consideración determinados principios¹². Un hecho importante a destacar fue la conferencia del Vicepresidente del STF, Min. Ellen Gracie - en representación del Presidente - en la que se destacó que la constitución de una CJM de carácter supranacional es compatible con la Constitución Federal brasileña (1988)¹³, atento a lo previsto en el artículo 4, párrafo único, de la misma.

Por su parte el PM en su XVª Sesión (29.11.08) recogió lo resuelto en el VI Encuentro de Cortes Supremas y en su [Declaración N° 23/08](#)¹⁴ resaltó la importancia de la creación de un tribunal como el que nos ocupa, para avanzar en nuestra integración definitiva, dirimir conflictos y asegurar la uniformidad de la interpretación del derecho comunitario. En su siguiente sesión (16/03/09), el PM suscribió la Declaración N° 01/09 en la que dejó sentado que “[s]u conciencia de que el enfrentamiento de la crisis no puede prescindir también de la construcción de órganos supranacionales en el ámbito del bloque, que provean de la imprescindible seguridad jurídica para todos los Estados Partes, entre los cuales destacamos un Tribunal de Justicia del

⁹Debe aclararse que desde el año 2003, los Presidentes de las Cortes Supremas de los EP del bloque, en forma auto convocada, se reúnen todos los años, alrededor del mes de noviembre, para analizar la evolución de la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales internos e intercambiar experiencias en varios sectores. En este ámbito, los Presidentes de dichos supremos tribunales, mediante la Carta de Brasilia, suscrita el 30/11/04, crearon el Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR. Sobre el rol del Foro Permanente y de los tribunales de los Estados en relación al MERCOSUR puede verse, DREYZIN DE KLOR, Adriana-PEROTTI, Alejandro D., *El rol de los tribunales nacionales de los Estados del MERCOSUR*. Ed. Advocatus, Córdoba, Argentina, 2009.

¹⁰Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/conferencia-cortes-mercosur.html>

¹¹Disponible en:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Declaracion_VII_Encuentro_firmada.pdf

¹²Los principios, citados en la Declaración, son: 1) La vinculación del Tribunal a crearse con las cortes nacionales con el objeto de mantener el respeto por la división de poderes. 2) La construcción progresiva, que contemple etapas que incluyan el funcionamiento de un tribunal *ad hoc* con las competencias y modo de funcionamiento que se establezcan en la comisión. 3) La consulta con [otros poderes y con el PM, mencionada].

¹³ Este es un dato importante en relación a la habilitación para que Brasil pudiera formar parte de una organización de integración de un grado más avanzado y que, de acuerdo a la constitución de ese país, ha venido constituyendo uno de los impedimentos formales para que se avance en la consecución de los objetivos establecidos en el preámbulo del TA.

¹⁴Disponible en <http://www.parlamentodelmercosur.org/archivos/Decl.%2023%202008.pdf>

MERCOSUR dotado de poderes para emitir sentencias vinculantes y de cumplimiento obligatorio”.

Posteriormente en la XIIª Sesión (27/04/09), el PM adoptó el [Acuerdo Político para la Consolidación del MERCOSUR y Proposiciones Correspondientes](#)¹⁵, en el que establece como uno de los tres elementos conformadores del mismo, la constitución de una CJ. Este Acuerdo Político establece que “...resulta necesario, entre otros, la suscripción de un protocolo constitutivo de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR, con facultades para atender cuestiones jurisdiccionales que sean sometidas a su consideración, cuyas resoluciones sean obligatorias en cada Estado Parte”, y que “la institucionalidad es un tema clave para el futuro del proceso de integración, y en este debate no pueden estar ausentes el análisis, la discusión y las propuestas de los actores políticos y de la sociedad civil”.

Finalmente en la XVIIIª Sesión (18.05.09) el Parlamento del MERCOSUR elevó [el Proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR](#)¹⁶, que nos ocupa en esta oportunidad.

La puntualización que venimos realizando nos viene mostrando que esta organización internacional continúa siendo de características intergubernamentales, a partir de lo cual todos los órganos están constituidos por representantes de estados, que responden precisamente a las directivas de sus respectivos gobiernos, es decir que no existen órganos de tipo comunitario porque la organización no lo es. Una muestra de ello es que en MERCOSUR no existe un órgano que represente el interés común, y actualmente todos los órganos son intergubernamentales¹⁷, de lo que se desprende que la idea es lograr la confluencia de los intereses particulares de los EP más que la constitución de una organización supranacional, al menos de acuerdo a los instrumentos vigentes en la actualidad.

En este punto deseamos diferenciar a MERCOSUR de otros procesos de integración más avanzados, de manera de dejar fundamentada nuestra posición sin incurrir en la tentación de muchos autores de explayarse con los otros procesos, sin profundizar el análisis del proceso que nos ocupa. En efecto, se aduce que en los procesos de integración más avanzados existen tribunales que han contribuido al afianzamiento del Derecho Comunitario, asegurando su interpretación uniforme, la identificación de los principios jurídicos sobre los que se apoya como la vigencia directa, inmediata, supremacía constitucional, entre otros. Sin embargo, omiten reconocer que en sistemas como el europeo, la creación de un Tribunal estuvo ya en el tratado constitutivo de cada una de las comunidades originarias¹⁸, en el que al mismo tiempo se crearon los órganos de una triple representación y de los que surge la transferencia de competencias hacia la respectiva comunidad por parte de cada uno de los estados que las conformaban. En la hoy UE la triple representación ha estado reservada desde sus orígenes a los estados (Consejo), la comunidad (Comisión), el pueblo (Parlamento). En el caso de la actual Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN) el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1979) constituye una herencia de la etapa en que existió como Pacto Andino, es decir que cuando se transformó en la actual CAN (Protocolo de Trujillo, 1996), ya contaba con un tribunal en funciones desde 1984. De allí que no podamos recurrir a dichos antecedentes en tanto no son comparables, y por lo demás cada proceso de integración reviste características

¹⁵ Disponible en <http://www.parlamentodelmercosur.org/archivos/Acuerdo%20Político.pdf>

¹⁶ MERCOSUR/PM/PN 02/2010.

¹⁷ Podría hablarse de un comienzo de modificación cuando los integrantes del Parlamento del MERCOSUR sean electos directamente por el pueblo de los EP ya que actualmente son electos por los respectivos parlamentos.

¹⁸ Tratado de París de 1951 que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Tratados de Roma de 1957 por los que se dio nacimiento a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea para la Energía Atómica.

particulares, conforme a las necesidades de sus integrantes, a la decisión política que impulsa su creación, al tratado constitutivo que le da origen.

Esta sería entonces la introducción al tema que nos ocupa, y que implica que puntualicemos cuáles son las bases a partir de las cuales abordaremos el esquema propuesto precedentemente.

¿La creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR constituye un requisito esencial para el actual sistema mercosureño?

Para intentar responder a esta pregunta que consideramos medular a estas alturas, continuaremos con el razonamiento precedente, en el sentido que, siendo MERCOSUR una organización internacional intergubernamental, diríamos de tipo clásico, no es de su esencia la existencia de un tribunal, por ende no constituiría uno de sus elementos esenciales.

Sin embargo, a poco de andar y volviendo la mirada no sólo sobre los instrumentos mencionados, sino también sobre la trayectoria de nuestra organización subregional, debemos reconocer, tal como lo dejaba planteado ya el TA, no sólo la posibilidad sino la realidad de la existencia de controversias entre sus Estados Parte (en adelante EP). Pero también debemos agregar que en la profundización típica de todo proceso de integración, las normas que de él emanan no se aplican solamente a las relaciones entre éstos sino también *ad intra*, es decir al propio funcionamiento interno de los órganos que lo conforman, al mismo tiempo que afectan al sistema jurídico de cada uno de sus integrantes. Incluimos en este punto a la aplicación del derecho originario y del derecho derivado, inclusive por los propios jueces nacionales en las causas que deban resolver¹⁹.

Si por otra parte volvemos la mirada sobre otros procesos de integración más avanzados con los que constantemente se compara a MERCOSUR la opinión es constante, a favor de la importancia de contar con un tribunal, a los efectos de asegurar la uniformidad en la interpretación del derecho, y la importancia del rol desempeñado por los respectivos tribunales, entre otros.

A partir de allí debemos ordenar nuestro razonamiento en el intento de responder la pregunta planteada.

Un primer enfoque nos lleva a responder negativamente si consideramos a MERCOSUR desde el tipo de organización internacional que aún hoy reviste. Es posible agregar que, si

¹⁹ En este punto cabe hacer referencia a lo establecido en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional en cuanto a la jerarquía general de los tratados luego de la reforma del año 1994, pero muy especialmente en la introducción del inc. 24 en el mismo artículo, abierto ya a la posibilidad de que Argentina forme parte de una organización supraestatal “Art. 75. *Corresponde al Congreso... inc. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

En mi trabajo *El principio de reciprocidad en los procesos de integración*, publicado en el Tomo segundo del libro *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Dr. Ernesto J. Rey Caro*, pág. 1399, sostuve que las condiciones de reciprocidad e igualdad no son propias de los procesos de integración más avanzados.

establecemos como requisito esencial para la conformación de una organización más avanzada de tipo comunitario la transferencia de competencias, constatamos que la misma no se ha producido aún en el sistema que nos ocupa. Sin embargo, venimos advirtiendo desde trabajos anteriores que, si bien en el derecho originario no se verifica esa transferencia de competencias, se estaría produciendo una perforación del sistema intergubernamental en forma subrepticia a través del derecho derivado, particularmente cuando los órganos decisorios, en determinadas circunstancias, declaran el relevamiento de la obligación de incorporar al sistema jurídico interno de sus resolutorios²⁰, lo que deberá analizarse cuidadosamente en cada caso. Esta situación se tornaría crucial atento la falta de debate en los foros nacionales y por su importancia en la medida en que, estando en cuestión la transferencia de competencias, amerita la adopción de decisiones con amplia participación de las instituciones y de la ciudadanía de cada EP²¹.

El segundo enfoque es el resultado de la observación de más de veinte años de vigencia del sistema de solución de controversias en el MERCOSUR en el que, por el número de casos resueltos, ha prevalecido el método arbitral, de cuyos laudos es posible extraer líneas generales que denotan cierta coincidencia entre los distintos tribunales a la hora de la interpretación de las normas mercosureñas. De hecho puede discutirse que el sistema no es garantía de uniformidad, tal como se ha venido apuntando por parte de distintos autores, lo que ha venido planteando algunas dificultades a la hora de resolver cuestiones concretas.

Un paso adelante se dio con la firma y entrada en vigor del PO, en el que se comienza a cubrir otra de las necesidades, particularmente a nivel de derecho interno de los estados en su aplicación a casos particulares, cuando se abrió la posibilidad de que el TPR evacuara opiniones consultivas, con un discutido grado de obligatoriedad. Esta situación no sería sino una puerta abierta a posteriores reformas como la que nos ocupa en esta oportunidad.

Otro enfoque, siempre dentro del PO, viene dado por la posibilidad de que se recurra a otro sistema de solución de controversias como es el de la OMC. Esto de alguna forma diluye la posible concentración en el sistema de solución de controversias de MERCOSUR, y lo aleja de un sistema más cerrado y concentrado como sería deseable en una organización de integración más avanzada. En este mismo sentido vemos que los integrantes del TPR son designados por los EP, y esa designación no implica dedicación exclusiva sino disponibilidad permanente, viéndose afectado permanentemente el TPR por cuestiones presupuestarias. En este ámbito se han presentado dificultades presupuestarias que dificultan su funcionamiento. En este punto cabe responder a quienes critican el sistema del PO en tanto impone limitaciones a las personas físicas o jurídicas para participar del sistema de solución de controversias en sentido que, sin entrar en demasiada doctrina, la persona humana carece de subjetividad internacional, por lo que le está vedada su participación en la formación del Derecho, como así también carece de legitimación activa o pasiva ante tribunales internacionales, salvo algunas excepciones en sistemas de Derecho Internacional Particular²². Es así en el tipo de organización internacional intergubernamental clásico en el que permanece MERCOSUR. Un contrasentido se produciría si en el PO se admitiera la legitimación activa de la persona humana y ésta pretendiera llevar una controversia ante la OMC, que no admite esta posibilidad.

²⁰ Lo he manifestado en diferentes oportunidades y podría presentarse en aquellos actos normativos en los que expresamente se resuelve que “...esta resolución no necesita ser incorporada ...”

²¹ En efecto, de producirse transferencias de competencias hacia un órgano supranacional de esta forma, se evitaría el debate en el Congreso de la Nación y las mayorías especiales que se establecen a tal efecto en el art. 75 inc. 24 de la Constitución Argentina.

²² Es así en la hoy UE.

Todo esto no es sino el resultado del tipo de organización internacional de que se trata en este caso y sobre la que ya nos hemos extendido más arriba.

Podríamos intentar una respuesta a la pregunta inicial en el sentido que, si bien el sistema de solución de controversias de MERCOSUR no ha desempeñado un rol activo en el proceso de integración, tampoco ha sido un impedimento, atento al progresivo avance que ha MERCOSUR en diversos órdenes.

La vinculación entre la estructura del MERCOSUR actual y el sistema de solución de controversias.

Si volvemos la mirada una vez más sobre el desarrollo de esta organización de integración vemos que existió una permanente preocupación por lograr avances en la solución de controversias, luego de la celebración del TA, con el PB (1991), luego con la celebración del POP (1994), cuyos arts. 41 y 42 refieren a las fuentes del Derecho aplicable, de los que asoma nuevamente el carácter de intergubernamental de esta organización, al reafirmar la necesidad de incorporación de las normas jurídicas al derecho interno. También introduce una reforma al PB al incorporar las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante la CCM) a los arts. 19 y 25 del PB.

La celebración posterior del PO (2002) trajo aparejada una nueva reforma, pero también la creación del TPR como quedó dicho más arriba. Esta creación mantiene el mismo ritmo de reformas parciales²³, propio de este esquema de integración. En el POP se utilizó el método de celebración de un nuevo protocolo, que complementa al TA y que responde a las características generales de un tratado internacional como lo definiera el art. 2 inc. 1 a) de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, aplicable en su totalidad al tema que nos ocupa, de allí el requisito de aprobación por los Estados Parte para su entrada en vigor. Ese carácter influye también en el grado de obligatoriedad y de aplicabilidad de las normas que emanan de los órganos internos, como así también en el modo de sometimiento de los EP al sistema de solución de controversias.

Respondiendo también a estas características vemos que la obligatoriedad de aplicación del sistema de controversias instrumentado por el PO deriva de la firma y ratificación de dicho Protocolo, por la que los Estados Parte se comprometen a utilizar ese sistema de controversias. En él mantiene su rol protagónico el arbitraje. Aquí volvemos sobre las características particulares de este sistema que constituye en obligatorio un laudo, en virtud del compromiso asumido por las partes al someter una controversia a este medio de solución pacífica, no en la competencia que pudiera emanar de un órgano jurisdiccional de un sistema supranacional²⁴, porque sencillamente no lo es.

Ahora bien, luego del Relanzamiento del MERCOSUR (2002) se comenzó a trabajar con más ahínco en su reforma institucional, uno de cuyos resultados fue precisamente el PO. A tal efecto el CMC determinó la necesidad de una Reforma Institucional, para la que por [Decisión 29/06](#)²⁵ creó el Grupo de Alto Nivel sobre Reforma Institucional (en adelante GANRI), en cuyo art. 2 lo instruye para “*considerar, con prioridad, los siguientes lineamientos para la reforma institucional del MERCOSUR... Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias*

²³ A través de protocolos, como los citados de Brasilia, Ouro Preto, Olivos, u otros como los Protocolos de Ushuaia I y II, de Las Leñas, de Buenos Aires, de Montevideo, entre otros.

²⁴ La institución del arbitraje internacional, bajo estas condiciones hunde sus raíces en la más profunda antigüedad, mientras que la existencia de sistemas comunitarios es un fenómeno propio de la segunda mitad del siglo pasado.

²⁵ Disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/3504/1/recopilacion_normativa_-_aspectos_institucionales_-_02-08-2011.pdf

del MERCOSUR y fortalecimiento de sus órganos institucionales". Posteriormente en el art. 2 de la [Dec. CMC 09/07](#)²⁶ puntualmente instruye al GANRI para “*elaborar y someter al Consejo del Mercado Común, antes de fines de junio de 2007, ajustes al Protocolo de Olivos en base a las propuestas de los Estados Partes*”. Se agregaron posteriormente las [Dec. CMC 17/07](#)²⁷ y [56/07](#)²⁸ con prórrogas a los plazos fijados. De lo apuntado surge con palmaria claridad que lo que se propone al GANRI son ajustes al sistema vigente y no la conformación de un tribunal supranacional en forma descontextualizada.

En la citada [Decisión 29/06](#) se establecieron las pautas para la reforma institucional del MERCOSUR, para lo cual se instruyó al GANRI en tanto se advierte la necesidad de una reforma integral que incluya a los órganos decisorios y sus competencias. También será objeto de reforma el sistema de incorporación y aplicación de la normativa emanada de esos órganos, optimización de las competencias y funciones de la Secretaría Administrativa, la adopción de un presupuesto que facilite el funcionamiento de todos los órganos del MERCOSUR, entre ellos el sistema de solución de controversias, y finalmente, como decíamos más arriba, el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias.

En este período también se creó el Foro Permanente de las Cortes Supremas del MERCOSUR con la [Carta de Brasilia](#) (2004)²⁹, de cuyas reuniones surgió la necesidad de “*avanzar en el diálogo que permita lograr puntos de acuerdo para la creación de un tribunal del MERCOSUR*”³⁰. Y como ya vimos en la parte introductoria, la creación del tribunal que nos ocupa nació de propuestas de las cortes supremas, recogidas posteriormente por el PM.

Otra de las reformas que se introdujeron en el MERCOSUR en esta etapa fue la celebración del [Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR](#) (2005)³¹ por el que se lo introdujo como órgano de representación de los pueblos, independiente y autónomo, sustituyendo así a la Comisión Parlamentaria Conjunta. En esta oportunidad no se hizo aplicación de la competencia del CMC establecida por el art. 8 inc. VII del PO.

La preocupación por la profundización del proceso de integración fue objeto de nuevas acciones, sobre todo en manos del GMC que dictó la Resolución GMC 06/10 por la que creó la Reunión de Alto Nivel para el Análisis Institucional del MERCOSUR, conforme a las Decisiones N° 20/02, 21/05, 22/06, 29/06, 09/07, 17/07 y 56/07 del mismo órgano. Según lo establecido por el art. 3 de dicha Decisión,

“Sin perjuicio de los temas que el CMC o el GMC determinen, la RANAIM analizará y efectuará propuestas que considere adecuadas a los objetivos señalados, en especial sobre las siguientes materias:

a) estructura orgánica del MERCOSUR, eventuales adaptaciones, reformas, creación y/o supresión de órganos.

²⁶ Disponible en: http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/2007/DEC%20009-2007_ES_Reforma%20Institucional.pdf

²⁷ Disponible en: http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/CMC/ACTA%202-07%20FINAL/ANEXOS/Anexo%20II%20Decisiones%20aprobadas/DEC-017-07_ES_ProrrogPlazoDecisionCMC09-07.pdf

²⁸ Disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/3504/1/recopilacion_normativa_-_aspectos_institucionales_-_02-08-2011.pdf

²⁹ Disponible en:

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_es_es/anexo/Carta_de_Brasilia2004.vers._esp.PDF

³⁰ MERCOSUR/PM/SO/DECL.04/2010. “7° Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR”, de acuerdo a las Declaraciones N° 23/2008 y 01/2009 y el Proyecto de Norma N° 01/2009.

³¹ Disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/1104/1/2005_protocoloparlamentomcs_es.pdf

- b) *perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y fortalecimiento de sus órganos institucionales.*
- c) *sistema normativo del MERCOSUR, incluyendo el proceso de elaboración, incorporación, vigencia, aplicación y revisión de la normativa del MERCOSUR.*
- d) *presupuesto del MERCOSUR.*

Al año siguiente el mismo órgano adoptó la Resolución N° 37/11 en los que fija los Lineamientos para la revisión de la estructura institucional del MERCOSUR y en cuyo art. 1 encomienda a la RANAIM:

“... en el marco de lo establecido en el artículo 3, literales a) y d) de la Resolución GMC N° 06/10, otorgar prioridad a la consideración de los siguientes lineamientos para la revisión y modificación institucional del MERCOSUR:

- *Reestructuración y funcionamiento de los órganos decisorios del MERCOSUR y de sus foros subordinados, incluyendo sus competencias.*
- *Analizar la posible creación de nuevos órganos en el ámbito del MERCOSUR teniendo en cuenta las prioridades del proceso de integración.*
- *Optimización de las funciones de la Secretaría del MERCOSUR y establecimiento de nuevas funciones.*
- *Análisis y presentación de una propuesta de presupuesto MERCOSUR.*

De ambos instrumentos surge la continuidad de la tarea y su orientación hacia el *perfeccionamiento del sistema de solución de controversias, dentro de una reestructuración institucional*, con un fuerte acento en el presupuesto que, como sabemos, ha planteado dificultades, atento la necesidad de contar con fondos propios recaudados por MERCOSUR.

Y fue el Parlamento del MERCOSUR el órgano que formuló el proyecto de creación del Tribunal de Justicia del MERCOSUR (en adelante el TJM) que nos ocupa en esta oportunidad. Lo analizaremos dentro del sistema institucional actual del MERCOSUR, al margen de la reforma institucional solicitada al GANRI y a la RANAIM, ya que no se han difundido mayores avances al respecto.

Debemos analizar entonces **este proyecto dentro de este sistema institucional**, es decir en este esquema de integración, más allá de la comparación que pudiéramos hacer con otros procesos a nivel mundial.

Continuando entonces con el razonamiento precedente, vemos que el Parlamento del Mercosur (en adelante PM) ha optado por el formato de proyecto de protocolo que *ab initio* se integra entre las competencias del CMC y cuya negociación puede ser delegada por éste al GMC, conforme lo establecido por el art. 8 inc. IV del POP. Dado que la creación del PM es posterior al POP es necesario verificar entre sus competencias si está habilitado para formular un proyecto como el que nos ocupa.

El art. 4 inc. 13 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR lo habilita a *“proponer proyectos de normas del MERCOSUR, para su consideración por el Consejo del Mercado Común”*, y ahí se agotan sus competencias³². De allí que debemos analizar este proyecto desde las competencias del PM, siempre sujetas a la decisión final del CMC y de acuerdo al tipo de instrumento de que se trata. En este punto es de remarcar que, una vez aprobado por el CMC para su entrada en vigor este protocolo debe ratificado por los EP, con las dificultades que ello acarrea.

³² Esto es propio de toda organización internacional atento a que en este tipo de sujetos no existe división de poderes y la formulación de las normas es de la competencia de los órganos decisorios y no del parlamento que simplemente constituye un órgano democrático, conformado para la representación del pueblo de los estados integrantes, en ocasiones más como órgano consultivo que como legislador.

El proyecto de creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR

Antes de comenzar a analizar el proyecto de creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR elevado por el PM, debemos dejar sentado el frustrado deseo de que la exposición de motivos que lo precede hubiera ofrecido mayores consideraciones que arrojaran luz respecto de sus pormenores, tal como ocurre habitualmente en el orden interno.

Sin embargo, es posible rescatar algunas de sus expresiones que permiten reafirmar lo que venimos diciendo, en tanto este proyecto tiene por objetivo "... *revisar el Protocolo de Olivos...*"³³. Cita a continuación el objetivo de establecer un sistema permanente de solución de controversias, en base a lo establecido por el TA., Anexo III, punto 3; PB., art. 34; POP, art. 44 y PO., art. 53.

A partir de allí nos planteamos algunas consideraciones, tales como: a) Oportunidad de su creación y objeciones a su creación; b) modificaciones al actual sistema de solución de controversias; c) competencias del TJM, las acciones, y finalmente d) el rol del TJM en una nueva institucionalidad.

a) Oportunidad y objeciones a su creación

Decíamos más arriba que la creación de un tribunal como el propuesto requiere de una reforma integral del sistema institucional mercosureño. En efecto, su mera creación en la actual estructura no agregará mayor efectividad al avance y profundización de este proceso de integración, atento las dificultades que se vienen planteando en el cumplimiento de los decisorios de los tribunales arbitrales ad hoc que han actuado hasta el presente, el TPR y también la aplicación práctica de las opiniones consultivas, como veremos más adelante.

También es a todas luces inoportuna su creación por tratarse de un proyecto en el que se intenta cerrar el sistema de solución de controversias en torno al TJM intentando asegurar la obligatoriedad tanto del recurso al proyectado tribunal y la obligatoriedad de sus decisorios cuando el sistema general de MERCOSUR no ha sido dotado del grado de supranacionalidad requerido para lograrlo³⁴.

Por otra parte, un avance y profundización en este proceso de integración debería partir de decisiones políticas que lo coloquen efectivamente ante la posibilidad de conformar una organización de tipo comunitaria, con transferencia de competencias³⁵, donde pueda anclar un tribunal como el propuesto y que además le otorgue competencias que impliquen una mayor obligatoriedad a sus decisorios y control del TJM sobre el cumplimiento de sus sentencias respecto de todas las acciones que pudieran incoarse ante él.

a) Modificaciones al actual sistema de solución de controversias

Analizaremos a continuación en forma sucinta las modificaciones al actual sistema de solución de controversias, conforme al proyecto elevado por el PM y continuando con el razonamiento propuesto en la exposición de motivos.

En un primer acercamiento, vemos que la forma propuesta para la designación de los jueces de la CJM se efectuaría por los Tribunales Supremos de Justicia de los Estados Partes

³³ Proyecto de norma Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR, pág. 2.

³⁴ Basta con mencionar las dificultades para la entrada en vigor de la normativa interna de MERCOSUR, en virtud de cuyo sistema se hace necesario un proceso de intenalización del derecho mercosureño por los EP.

³⁵ En los términos del art. 75 inc. 24 de nuestra Constitución Nacional.

como un intento de independencia de los mismos en relación a los respectivos gobiernos, cuando en un proceso de mayor integración esa función se encuentra fuera de la competencia exclusiva de cualquiera de los poderes de los estados que lo conforman³⁶, precisamente en la búsqueda de garantizar la independencia de los mismos.

Un avance importante es la permanencia del Tribunal proyectado, para lo cual se requiere también de una modificación en el presupuesto del MERCOSUR que permita contar con los fondos suficientes para su funcionamiento en este carácter. Reemplaza de esta forma al sistema establecido por el PO en tanto los integrantes del TPR, según lo establecido por el art. 19 “...deberán estar disponibles de modo permanente para cuando se los convoque”. Mientras que en el proyecto del PM avanza hacia la dedicación exclusiva de los jueces, lo que lleva a la permanencia del TJM, lo que no deja de ser importante, siempre que se cuente con los recursos necesarios a través del presupuesto, que también deberá ser objeto de la reforma del sistema institucional de nuestra organización subregional.

En cuanto a los privilegios e inmunidades de los jueces, como así también de las facilidades para su funcionamiento en el estado sede, no arroja mayores modificaciones con lo que es de práctica a nivel internacional. Sin embargo, la creación de este Tribunal implicaría una reforma no sólo al PO sino también del [Acuerdo de Sede celebrado oportunamente con la República del Paraguay](#)³⁷ ya que el proyectado Tribunal se asentaría también en la República del Paraguay.

Más allá de lo apuntado, uno de los primeros avances que debemos destacar en el proyecto que estamos comentando es la modificación al art. 3 del PO que deja a cargo del CMC el establecimiento de mecanismos para la solicitud de opiniones consultivas al TPR.

J. Grandino Rodas define a las opiniones consultivas como:

*“...pronunciamientos fundados del Tribunal Permanente de Revisión en torno a preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas MERCOSUR en un caso concreto, con el objeto de resguardar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Parte”*³⁸.

Dentro de las características generales de estas opiniones consultivas vemos que el resultado de las mismas por esencia no es vinculante para quien la solicita.

Es aquí donde podría darse un gran avance, aunque no fuera a través del proyecto que nos ocupa en la actualidad, es decir lograr que las opiniones consultivas fueran vinculantes sea para quien la solicite, sea para todos los integrantes del MERCOSUR. Uno de los efectos de esta modificación sería contribuir a la interpretación uniforme de la normativa mercosureña que está requiriendo el actual sistema de solución de controversias. Este sería uno de los pequeños pasos

³⁶ El art. 7 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia Andino dice: “*Los magistrados serán designados de ternas presentadas por cada País Miembro y por la unanimidad de los Plenipotenciarios acreditados para tal efecto...*”. En la Unión Europea, de acuerdo a la versión consolidada con las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa, según el art. 19, inc. 2, 3º párrafo, los jueces del Tribunal de Justicia “*Serán nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros*”.

³⁷ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 01/05: Acuerdo de Sede entre la República del Paraguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec0105s.asp>

³⁸ GRANDINO RODAS, JOAO. *La Competencia del Tribunal Permanente de Revisión para emitir Opiniones Consultivas*. Brasilia, 22 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoencontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/La_Competencia_del_Tribunal_Permanente_de_Revisión_para_emitir_Opiniones_Consultivas._Joao_Grandino_Rodas_espaol.pdf

que podría contribuir al *perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR*³⁹, en el sentido de lo establecido en el art. 3 de la Resolución GMC 06/10.

Respecto de la institución de las opiniones consultivas es de citar un capítulo de nuestro trabajo *La opinión consultiva: efectividad del derecho del MERCOSUR*⁴⁰, en el que desarrollamos el punto del grado de obligatoriedad de las opiniones consultivas que no son vinculantes, salvo acuerdo en contrario entre las partes o en un sistema jurídico como el que nos ocupa. Precisamente en este orden citamos un párrafo del jurista uruguayo E. Jiménez de Aréchaga que se refiere a la importancia de estas opiniones consultivas:

*“Sin embargo, por el prestigio y autoridad judicial del órgano de que emanan, el cuidado que pone éste en sus respuesta, después de seguir procedimientos que no son los de una academia de jurisconsultos sino los de una verdadera magistratura, sustancialmente equiparable a los contradictorios, tales dictámenes en la práctica han sido sumamente respetados y acatados siempre por los órganos a los que se dirigen”*⁴¹

De todos modos los EP se encuentran habilitados para asumir la obligatoriedad de las opiniones consultivas del TPR en un acuerdo específico. En tal caso la obligatoriedad derivaría del compromiso asumido por los integrantes de MERCOSUR y no de la existencia de un tribunal supranacional. Cabría reflexionar aquí sobre la forma de aprobación por los estados integrantes de este esquema de integración, que en el caso de la República Argentina entraría en lo establecido por el art. 75 inc. 22 y no en el inc. 24 de nuestra Constitución Nacional, lo que facilitaría sensiblemente el trámite ante el Congreso de la Nación.

Por otra parte los arts. 36 y 39 del proyecto del PM dejan sentado el carácter de vinculante del dictamen del TJM, pero lo enfoca desde el requirente, que *deberá* adoptar en su sentencia la respuesta de la Corte de Justicia. Y coloca el control del cumplimiento de esas opiniones consultivas a los EP, manteniendo así en forma sostenida la intergubernamentalidad de este esquema de integración.

Este avance, junto a la eliminación de la posibilidad de recurrir a otro sistema de solución de controversias fuera de MERCOSUR, constituirían una forma de “blindaje” del sistema de solución de controversias que comenzaría por orientarlo *ab initio* hacia el sistema acordado por los EP.

Otra de las modificaciones que pueden observarse es la atribución al TJM (art. 43) de competencias en controversias administrativo-laborales internas de MERCOSUR, lo que implicaría la desaparición del Tribunal Administrativo del MERCOSUR, creado por la [Resolución GMC N° 54/03](#) con antecedente en la Resolución GMC 26/01⁴². Esto podría traer algunos beneficios en la medida que contribuiría a la limitación de la creciente burocracia administrativa que aqueja a todas las organizaciones de este tipo.

b) Competencias de la Corte de Justicia del MERCOSUR

³⁹ Resolución GMC 06/10 por la que creó la Reunión de Alto Nivel para el Análisis Institucional del MERCOSUR, conforme a las Decisiones N° 20/02, 21/05, 22/06, 29/06, 09/07, 17/07 y 56/07 del mismo órgano.

⁴⁰ SALAS, GRACIELA R. y MARÍA A. STICCA. *La opinión consultiva: efectividad del derecho del MERCOSUR*. En Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Pág. 456. Disponible en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/publicaciones/anuarios-del-cijs-1/anuario-xii/view>

⁴¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*. Edit. Jura, Madrid, 1958, pág. 570.

⁴² Disponible en:

http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/ES/Res_054_003%20_Tribunal%20Ad%20min-Laboral%20MCS_Acta%2004_03.PDF

Es en este punto en el que el proyecto intenta avanzar, aún a pesar de las dificultades apuntadas más arriba.

Innova en el sistema de solución de controversias estatuido por el PO en la introducción de las *acciones*, propias de procesos de integración más avanzados.

Las acciones introducidas son: la *acción de nulidad* contra normas emanadas de los órganos mercosureños con el objeto de un debido control de legalidad y de mantener la coherencia interna del ordenamiento jurídico regional. Se confiere así la legitimación activa tanto a los estados cuanto a determinados órganos y a las personas físicas y jurídicas que resulten afectados en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. Nos planteamos aquí también las dudas que surgieron en otros procesos de integración acerca de la acreditación de la legitimidad de los derechos afectados, ya que en el art. 17 inc. 2 de este proyecto no deja en claro la vía para hacerlo. También surgen dudas acerca de, si se está creando un sistema de solución pacífica de controversias a través de un protocolo ¿por qué se está dejando en manos de un órgano interno como el Consejo la posibilidad de ampliación de la legitimación activa prevista en dicho inciso, pero la deja cerrada en el caso de la acción por omisión (art. 22 inc. 1) o de la acción de incumplimiento (art. 24 inc. 1)?

Estos puntos comienzan a mostrar las incoherencias del sistema propuesto con el tipo de organización internacional que constituye MERCOSUR, atento que en virtud de su intergubernamentalidad por esencia carecen de legitimación activa las personas físicas o jurídicas⁴³.

La *acción por omisión* deriva de la anterior y para los casos en que la inactividad de los órganos decisorios o la Secretaría del MERCOSUR no ejecuten algunas de las conductas establecidas en el art. 22 del proyecto del PM, en cuyo caso surgen los mismos reparos que respecto de la acción de nulidad.

También respecto de la *acción de incumplimiento* se mantienen los mismos reparos en cuanto a la legitimación activa de las personas físicas o jurídicas. Según el proyecto de protocolo se habilitará cuando un EP haya violado obligaciones emanadas del derecho del MERCOSUR (art. 24 inc.1) y podrá ser incoada también por los EP, el PM o la Secretaría del MERCOSUR. De alguna manera esta acción ya existe en los términos del art. 23 del PO que prevé un acceso directo al Tribunal, en las controversias entre Estados Partes que éstos le eleven, por el incumplimiento del derecho mercosureño, y los particulares, sólo pueden acceder al TPR cuando el domicilio del particular o del asiento de sus negocios admita iniciar el procedimiento jurisdiccional establecido en el art. 39 del PO.

Por lo demás, y tal como quedó dicho más arriba, por la propia esencia del arbitraje o por el compromiso asumido por las partes ante la constitución del TPR como instancia jurisdiccional, sus resolutorios tienen carácter de obligatorios e inapelables, constituyendo cosa juzgada en el caso que haya sido resuelto.

No analizaremos en profundidad cada una de estas acciones por exceder el alcance de este trabajo.

Por otra parte este proyecto avanza en la ampliación del sistema de solución de controversias vigente cuando le da al TJM la posibilidad de dictar medidas provisionales y al reconocer la fuerza ejecutiva de sus decisorios en el territorio de los EP. Es de destacar en este proyecto el reconocimiento que se hace a las personas físicas y jurídicas de invocar ante la

⁴³ No son considerados sujetos del Derecho Internacional y en consecuencia, por regla general, se encuentran inhibidos para comparecer ante tribunales internacionales, salvo las excepciones que ofrecen los sistemas comunitarios más avanzados.

jurisdicción interna el incumplimiento de la normativa mercosureña por parte de su Estado, cuando sus derechos sean afectados por ese incumplimiento. Esto podría ser interpretado aún desde la obligatoriedad de los tratados internacionales, sin recurrir a una supuesta supranacionalidad, inexistente, como ya quedó dicho.

Intenta también profundizar la cuestión prejudicial (art. 33 y ss.) en tanto habilita a los órganos jurisdiccionales nacionales que la soliciten de oficio o a petición de parte. Vemos que ya no se trata de un recurso abierto a las supremas cortes de justicia nacionales, sino que se abre al recurso por parte de los jueces locales.

Por otra parte pretende innovar con el *cumplimiento de la sentencia* activando una función de contralor de la propia Corte, que es de la esencia de los tribunales internacionales y abre la posibilidad de sanción al EP remiso en el acatamiento de la sentencia. En el procedimiento establecido por el PO los estados en la controversia tienen la posibilidad de aplicar medidas compensatorias, lo que acerca esta acción más a la justicia por mano propia que al cumplimiento de una sentencia. En el proyecto comentado solamente se refiere al cumplimiento de la sentencia en relación a la acción de incumplimiento (arts. 28 y ss.). Sin embargo, podría llegarse a esa instancia cuando un EP haya dejado de cumplir una sentencia dictada en relación a alguna de las otras acciones y ante su incumplimiento se hubiera intentado la acción de incumplimiento, ya que ésta queda abierta cuando se haya producido una violación de las obligaciones emanadas del derecho del MERCOSUR (art. 24 inc. 1)⁴⁴.

Uno de los avances que se puede rescatar de este proyecto es la legitimación activa que otorga a los jueces internos para solicitar una opinión consultiva en forma directa, y cuando se trate de órganos cuyas decisiones no admitan recursos ordinarios o sean supuestos de invalidez de la norma del MERCOSUR, rige la obligatoriedad del reenvío prejudicial. Aquí se entra en terreno un tanto inestable, atento al discutido carácter del tribunal. Como decíamos más arriba, un juez podría aplicar el derecho mercosureño en nuestro país a través del art. 75 inc. 22 ya que aún no existe la posibilidad de hacerlo en los términos del art. 75 inc. 24. Surge entonces el gran interrogante acerca de si los magistrados de los tribunales inferiores lo harán.

A todos los efectos, la respuesta de la Corte será obligatoria como quedó dicho más arriba.

Otro de los avances que pueden observarse en este proyecto vienen de la mano de la exclusividad de la jurisdicción de la Corte en la aplicación del derecho del MERCOSUR establecida por el art. 47 inc. 1 del proyecto del PM. Ello así en la medida que el sistema instaurado por el PO más que a profundizar el proceso de integración de alguna forma lo diluye al admitir la opción de foro en un caso concreto, inclusive sacando una controversia suscitada entre dos EP del ámbito subregional.

c) El rol de la Corte en una nueva institucionalidad.

En este punto cabe detenerse un instante en el grado de obligatoriedad tanto de sentencias de la Corte como tribunal cuanto de las opiniones consultivas o los laudos arbitrales.

Respecto de los primeros y de acuerdo al tipo de organización internacional de que se trata, la obligatoriedad surge del compromiso asumido por los EP al firmar y posteriormente ratificar los protocolos que regulan la solución pacífica de controversias, como así también del consentimiento para que así sea, y no porque la Corte constituya un tribunal supranacional con competencias para imponer sus resolutorios⁴⁵. Este razonamiento parecería una sutileza, sin

⁴⁴ Lo que muestra nuevamente lo intrincado de un posible doble proceso en un caso concreto: un EP es declarado responsable en virtud de otra de las acciones y ante su incumplimiento se inicia la acción de incumplimiento.

⁴⁵ En este punto cabe citar uno de los primeros casos resueltos por el Tribunal de Justicia Europeo el caso Costa v/ E.N.E.L. donde fija el razonamiento que habría de iluminar gran parte de la construcción comunitaria europea. En

embargo establece con precisión los resultados del tipo de institucionalidad del MERCOSUR actual. No se trata de la interpretación del sistema desde un dualismo ya superado en el tiempo, sino de distinguir entre lo que es obligatorio por haber prestado consentimiento específicamente un EP al celebrar un tratado, y lo que resulta obligatorio por derivar de un sistema del que forma parte un Estado y donde ha reconocido esa competencia a una organización supranacional.

En el arbitraje, es de su esencia la obligatoriedad del laudo dictado por el tribunal actuante, también porque las partes han prestado consentimiento para someterse a este medio de solución pacífica de controversias, y aceptan sus resultados, salvo causales de nulidad desde luego.

Ante una nueva institucionalidad, donde efectivamente haya transferencia de competencias y órganos intergubernamentales que coexistan con órganos comunitarios, un tribunal como los existentes en otros procesos de integración tendría también un rol importantísimo en la profundización de la integración. Tal como lo dice el proyecto un órgano jurisdiccional como el propuesto contribuirá a la seguridad y certeza jurídicas que contribuirán al fortalecimiento del esquema regional.

Conclusiones

De lo expuesto surge con meridiana claridad que un sistema de solución de controversias en el MERCOSUR requiere de reformas sustanciales en lo institucional, de manera que se avance jurídicamente en el proceso de integración y el sistema de solución de controversias acompañe esas reformas.

Por otra parte el proyecto formulado por el Parlamento del MERCOSUR parece ajustarse más a otros procesos de integración que al nuestro, atento el concepto de supranacionalidad utilizado, que no condice con el sistema institucional de nuestra organización subregional. Se inscribe en este razonamiento la limitada fundamentación que acompaña a este proyecto que intenta avanzar en un sistema que aún no encaja con el sistema vigente, más allá de los deseos expresados en conceptuosos mensajes.

Todo lo antes dicho no implica que se niegue la necesidad de contar con un TJM, pero su existencia debe guardar estricta relación con las competencias otorgadas por los EP al MERCOSUR, entre las cuales no se encuentra la transferencia de competencias ni la vigencia directa, inmediata y con supremacía constitucional del derecho aplicable, que serían propios de un sistema más avanzado, al que, entendemos, se encamina MERCOSUR, pero al que aún no ha arribado.

Postulamos entonces una reforma integral del MERCOSUR, avanzando inclusive hacia la conformación de un sistema comunitario con supranacionalidad, pero en los términos establecidos, entre otros por el art. 75 inc. 24 de nuestra Constitución Nacional, que implica la necesidad de participación del Congreso de la Nación y en forma indirecta de sus representados en la adopción de tan importante paso. Sólo así podrá ser admisible la existencia de un TJM en los términos propuestos.

Entre tanto y hasta tanto se produzca una profunda reforma institucional en el sentido apuntado, sería de máxima utilidad que se “blindara” el actual sistema de solución de controversias, eliminando la opción de foro, asumiendo los EP la obligatoriedad del recurso al sistema establecido por el PO como así también de las opiniones consultivas, lo que contribuiría a la aplicabilidad del derecho del MERCOSUR por parte de los tribunales internos.

este caso la obligatoriedad viene dada por el hecho de que Italia formaba parte de un sistema comunitario que le atribuye al Tribunal el carácter de supranacional, con competencia para la aplicación de la normativa cuya vigencia es directa, inmediata y con supremacía constitucional.

