Documento presentado en:

VIº Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR, Brasilia, 21/11/2008

Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR

Por Alejandro Daniel Perotti[*]

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2008

ÍNDICE

1. Introducción 1
2. Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR 3
3. Nombre, naturaleza, permanencia y sede 4
4. Integración: número, requisitos, elección y duración 5
5. Presupuesto 5
6. Competencias y legitimación activa 7
6.1. Acción de nulidad 7
6.2. Acción por omisión 7
6.3. Acción de incumplimiento 8
6.4. Cuestión prejudicial 8
6.5. Jurisdicción laboral 11
6.6. Otras competencias 11
7. Carácter de su jurisdicción 12
8. Cuestiones de forma en cuanto al instrumento constitutivo 12
9. Cuadro resumen: propuestas 12

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el "sistema" de solución de controversias del bloque se halla regulado por el Protocolo de Olivos (PO)[1]. La caracterización del régimen mencionado como "sistema" radica, entre otros motivos, en el hecho de que el citado Protocolo no es el único instrumento en este ámbito, sino que bajo su amparo se han dictado un gran números de normas que completan y reglamentan sus disposiciones, entre las cuales cabe mencionar, entre las principales, el Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO) – aprobado por Decisión CMC[2] Nº 37/03 –, el Procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia (art. 24 PO) – aprobado por Decisión CMC Nº 23/04 –, las Reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión – aprobadas por Decisión CMC Nº 30/05 – y, en especial, el Reglamento del Procedimiento para

[*]Abogado (Univ. Nacional del Litoral, Santa Fe), Master en Derecho Comunitario (Univ. Complutense de Madrid, España), Doctor en Derecho (Univ. Austral, Buenos Aires). Profesor Asociado a cargo de Derecho de la integración de la Universidad Austral. Ex Consultor Jurídico de la Secretaría del MERCOSUR, por concurso público internacional. aperotti@estudiomansueti.com – http://www.mansueti.com.ar/sp/i-perotti.html

[1]Firmado en Olivos, Argentina, el 18/02/02 y vigente para todos los Estados Partes desde el 01/01/04.

[2]Decisión del Consejo del Mercado Común (CMC).

la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia – aprobado por Decisión CMC Nº 02/07 –[3].

Desde el punto de vista institucional, el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) constituye el principal órgano del sistema. El mismo está conformado por 5 miembros (más 4 suplentes): 4 electos por dos años (con posibilidad de renovación), elegidos uno por cada Estado Parte (en concreto por las Cancillería), y el 5º (que dura 3 años, también con posibilidad de renovación), electo por unanimidad de los Estados Partes (a partir de una lista de 2 candidatos propuestos por cada Estado). Esto último – nombramiento por unanimidad – ha provocado que actualmente el TPR se encuentre paralizado y no pueda funcionar por falta de acuerdo entre los Estados Partes para nombrar el 5º miembro[4].

Los integrantes del TPR no tienen carácter permanente, sino disponibilidad permanente, es decir que el órgano se reúne y se constituye como tribunal sólo cuando hay casos. Lo único "permanente" del TPR es su Secretaría que, luego de algunos inconvenientes en cuanto a la elección del Secretario[5], ha comenzado a funcionar recientemente.

El TPR no tiene un presupuesto asignado para atender a los gastos del órgano propiamente considerado, sino sólo para afrontar los casos de controversias[6] y opiniones consultivas[7]. Recién a fines de junio de este año se aprobó un pequeño presupuesto para hacer frente a los gastos más urgentes de funcionamiento del TPR, así como al sueldo del Secretario[8]. La falta de un presupuesto constituye una debilidad importante del TPR[9], y ha provocado la renuncia de un miembro[10].

La sede del TPR se halla en la ciudad de Asunción[11], Paraguay[12], según lo prevé el artículo 38 del PO[13].

El TPR tiene las siguientes competencias:

[3]Pueden agregarse además, el Anexo del Protocolo de Ouro Preto sobre Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR; así como las Decisiones CMC Nº 18/02, Reglamento del Anexo al Protocolo de Ouro Preto – Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR; 17/04, Fondo Especial para Controversias; 26/04, 18/06, 38/07, 41/07 y 42/07, todas sobre Designación de los Árbitros del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (prórroga y renuncia); 30/04, Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales *ad hoc* del MERCOSUR, y 26/05, Procedimiento Especial del Protocolo de Olivos para la solución de controversias originadas en acuerdos emanados de Reuniones de Ministros del MERCOSUR, y la Directiva CCM (Comisión de Comercio del MERCOSUR) Nº 17/99, Mecanismo de Consultas en la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

[4]Es del caso recordar que el 5º Árbitro del TPR originario fue designado por la Decisión CMC Nº 26/04, citada, para el período 13/08/04 – 13/08/07 (ver, artículo 4, párrafo 4º, de las Reglas de Procedimiento del TPR, citadas); por Decisión CMC Nº 38/07, citada, el CMC prorrogó el mandato de dicho Árbitro hasta el 13/08/08. Sin embargo, a la fecha y habiendo vencido el mandato del mencionado integrante, el CMC aún no ha procedido a designar su reemplazante.

[5]Ver al respecto, TPR, pleno, Resolución Nº 01/2007, sobre elección del Secretario y elevación al CMC, de 8 de junio de 2007 (*inédita*); pleno, Resolución Nº 02/2007, sobre confirmación de la Resolución Nº 01/2007, de 9 de julio de 2007 (*inédita*); pleno, Resolución Nº 03/2007, sobre objeciones a la calificación en el concurso para la elección del Secretario del Tribunal, de 10 de octubre de 2007 (*inédita*), y, pleno, Resolución Nº 04/2007, sobre elección del Secretario y elevación al CMC (II), de 10 de octubre de 2007 (*inédita*). Ninguna de las resoluciones mencionadas ha sido publicada por la Secretaría del MERCOSUR (SM) – ni en el Boletín Oficial del MERCOSUR, ni en su página Web, http://www.mercosur.int/msweb/, como ha ocurrido con todos los demás laudos y opiniones consultivas emitidos a la fecha – a pesar de que el TPR determinó que todas tenían carácter público.

[6]Ver, además de la citada Decisión CMC Nº 17/04, las Resoluciones GMC (Resoluciones del Grupo Mercado Común) Nº 40/04, Honorarios de los Árbitros y Expertos en el ámbito del sistema de solución de controversias en el MERCOSUR; 41/04, Reglamentación del Fondo Especial para controversias creado por la Decisión CMC Nº 17/04; 19/08, Honorarios de los Árbitros en el ámbito del sistema de solución de controversias en el MERCOSUR, y 20/08, Honorarios de los Árbitros del Tribunal Permanente de Revisión – Resolución TPR Nº 1/2008 y Laudo TPR Nº 1/2008.

[7]Ver la citada Decisión CMC Nº 02/07 (artículos 11 y 12) y las Resoluciones GMC Nº 40/04, citada; 02/07, Autorización para la utilización excepcional del Fondo establecido en la Dec. CMC Nº 17/04 "Fondo Especial para controversias" para la financiación de opiniones consultivas, y 46/07, Formularios para la tramitación del pago de gastos derivados de la emisión de Opiniones Consultivas solventados a través de la "Cuenta Especial para Opiniones Consultivas".

[8]Ver, Resoluciones GMC Nº 72/06, Presupuesto provisorio de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión; 26/08, Presupuesto MERCOSUR (artículo 5), y 27/08, Presupuesto de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión para el período julio a diciembre de 2008.

[9]No está demás recordar que la Decisión CMC Nº 26/03, Programa de Trabajo del MERCOSUR 2004 – 2006, estableció como una de las metas a alcanzar la puesta "en funcionamiento el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, *dotándolo de la infraestructura y recursos necesarios para el adecuado ejercicio de sus tareas*" (Anexo, literal 3.2. El destacado fue agregado).

[10]Ver Decisión CMC Nº 41/07, citada.

[11]Av. Mariscal López entre Av. Gral. Santos y Vicepresidente Sánchez – Edificio "Villa Rosalba" –, Asunción, Paraguay.

[12]Por Decisión Nº 01/05, el CMC aprobó el "Acuerdo de Sede entre la República del Paraguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el Funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión".

[13]El antecedente de dicha disposición se encuentra en la antigua Decisión CMC Nº 28/94, por la cual se estableció que "Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc, a que se refiere el artículo 8º del Protocolo de Brasilia, tendrán como sede la ciudad de Asunción" (artículo 1).

a) resolver las controversias entre Estados Partes *por acceso directo* – legitimación activa: sólo los Estados Partes (de oficio, o a instancias de un reclamo de un particular);

b) resolver las controversias entre Estados Partes *por recurso de revisión contra los laudos del Tribunal ad hoc* (que es otro tribunal del bloque) – legitimación activa: los Estados Partes (según lo mencionado en el ítem anterior) que hayan sido partes en una controversia tramitada y resuelta ante el Tribunal *ad hoc*;

c) dictar medidas excepcionales y de urgencia en caso de restricciones a la libre circulación de mercaderías cuando se trata de productos determinados[14] – legitimación activa: los Estados Partes. La presente competencia aún no puede ser ejercitada pues la Decisión del CMC que la reglamenta (Nº 23/04, citada) aún no está vigente por falta de incorporación al derecho interno por Brasil; y,

d) responder las opiniones consultivas que le planteen los órganos decisorios del MERCOSUR (CMC, GMC y CCM) y el Parlamento del MERCOSUR (PM), los Estados Partes actuando conjuntamente, y los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Partes (o los tribunales inferiores, a través de los Superiores Tribunales de Justicia). La respuesta del TPR no es obligatoria[15].

Puede concluirse, a partir de la base normativa y la práctica, que la estructura y debilidad del TPR no condice con la etapa avanzada del proceso de integración y ha provocado no menores inconvenientes entre los Estados Partes.

2. ELEMENTOS BÁSICOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UN TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL MERCOSUR

Teniendo en cuenta el desarrollo del MERCOSUR, así como su progresivo avance, y en particular su estado actual de evolución, resultaría conveniente analizar la eventualidad de la creación de un Tribunal de Justicia para el bloque.

En esta dirección, no puede pasar desapercibido que los órganos regionales ya han tomado la decisión de proceder en tal sentido. En efecto, el CMC ha determinado la necesidad de reformar el sistema de solución de controversias establecido en el Protocolo de Olivos en sus Decisiones Nº 29/06, sobre Reforma institucional, en la cual instruye al GANRI (Grupo de Alto Nivel sobre Reforma Institucional) "a considerar, con prioridad, los siguientes lineamientos para la reforma institucional del MERCOSUR...Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y fortalecimiento de sus órganos institucionales" (artículo 2); 09/07, sobre Reforma institucional, en la que instruye específicamente al GANRI "a 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" (artículo 2); 17/07, a través de la que decide "[p]rorrogar hasta junio de 2008 el plazo establecido en la Decisión CMC Nº 09/07 para que el [GANRI], elabore y someta al Consejo del Mercado Común, ajustes al Protocolo de Olivos en base a las propuestas de los Estados Partes", y 56/07, sobre Reforma institucional, en la que el CMC, al tiempo de prorrogar hasta el 30/06/2009 el plazo del GANRI, determinó que dicho grupo eleve "al GMC, antes de junio de 2008, propuestas sobre los siguientes temas:... b) Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y fortalecimiento de sus órganos institucionales, que incluyan los trabajos en el marco de la Decisión CMC Nº 17/07 relativos a una propuesta de ajustes al Protocolo de Olivos". De allí que el presente, sea un momento propicio para impulsar el análisis sobre la creación de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR (TJM).

[14]La mencionada Decisión CMC Nº 23/04 establece que el presente mecanismo podrá utilizarse cuando "se trate de bienes perecederos, estacionales, o que por su naturaleza y características propias perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve período de tiempo, si fueran retenidos injustificadamente en el territorio del país reclamado; o de bienes que estuviesen destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado Parte importador".

[15]Artículo 11 del RPO.

Si la decisión en avanzar hacia un órgano como el mencionado existe, el paso siguiente es la definición acerca de los siguientes tópicos del TJM, entre otros:

i. Nombre, naturaleza, permanencia y sede

ii. Integración: número, requisitos, elección y duración

iii. Presupuesto

iv. Competencias y legitimación activa

v. Carácter de su jurisdicción

vi. Cuestiones de forma en cuanto al instrumento constitutivo

3. NOMBRE, NATURALEZA, PERMANENCIA Y SEDE

En cuanto al *nombre*, lo cual no constituye un detalle menor pues define en algún sentido el alcance y las competencias del órgano, debería ser: *Tribunal de Justicia del MERCOSUR*; y su función esencial, garantizar el respeto del Derecho mercosureño en su interpretación y aplicación.

La *naturaleza* del TJM debería ser la de un órgano de carácter *jurisdiccional*, teniendo en cuenta las atribuciones con las cuales se dotará al mismo – ver *infra* –, como así también el hecho de que se relacionará muy asiduamente con los Poderes Judiciales de los Estados Partes, los cuales deberán ver en el TJM un "par" con quien poder "comunicarse" en términos institucionalmente idénticos.

En lo que hace a la actuación del TJM, la solución que se impone es su *permanencia*, esto es que sea de funcionamiento constante y regular, ya que, como se dijo en otra oportunidad, el "mecanismo de reuniones *ad hoc* [del TPR],..., provoca innumerables inconvenientes, entre los principales, impide la formación de un espíritu de cuerpo jurisdiccional y de una doctrina judicial estable, la profesionalización y especialización del Tribunal y sus miembros, la consolidación interna y externa del órgano, su representatividad internacional y su percepción por parte de los demás tribunales nacionales e internacionales y en particular de los habitantes del MERCOSUR"[16]. Por otro lado, así ocurre en todos los casos de procesos de integración regional que cuentan con un órgano equiparable, a saber, en las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, TJCE), en la Comunidad Andina (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TJCA) y en el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA, Corte Centroamericana de Justicia, CCJ); y ello lo fue desde un comienzo, es decir aún cuando el número de casos no era excesivo. De hecho, el número de asuntos a tratar no constituye una condición *sine qua non* para dotar de carácter permanente al TJM, pues existen otros ámbitos de actuación que no requieren de un "caso" controversial para que sea necesario que el mismo se reúna. Además, si se repara en la cantidad de opiniones consultivas que pueden llegar a ser peticionadas por los tribunales nacionales[17] al TJM, teniendo en cuenta que anualmente se dictan en los cuatro Estados Partes más de 200 sentencias vinculadas al derecho mercosureño, se comprenderá fácilmente que el

[16] *Del autor*, "Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR", ed. Marcial Pons – Fundación Konrad Adenauer, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, págs. 36-37.

[17] En la hipótesis de las opiniones consultivas solicitadas por los tribunales nacionales, "éstas pueden definirse como 'el **mecanismo de cooperación judicial** que permite a todo juez interno de un Estado Parte, de cualquier fuero y jurisdicción territorial (federal, nacional o provincial), que se encuentre ante un caso en el cual se discuta la interpretación o aplicación de una norma del MERCOSUR, o su validez, remitir al Tribunal del MERCOSUR una petición para que éste desentrañe el alcance y sentido de la misma, así como se expida sobre su validez o inaplicación; actualmente, dicha solicitud debe ser encaminada al Tribunal regional por el juez interno, por medio de la Corte Suprema respectiva, **sin la intervención de la Cancillería**'. Es decir, se trata de un procedimiento de cooperación, de colaboración entre dos tribunales, uno nacional – que es el juez requirente de la OC – y otro regional – el TPR –, que se ejercita de forma absolutamente directa, esto es sin intervención de terceros, ni de la Cancillería ni de ningún ministerio del Poder Ejecutivo Nacional. Es un contacto **directo** entre dos tribunales" [*del autor*, "Rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Valor jurídico de las Opiniones Consultivas. Acordada Nº 13/08 de la Corte Suprema", *pendiente de publicación* en "1^{eras} Jornadas Internacionales de Derecho aduanero (Buenos Aires, 12-14/08/08)" (AA.VV.), Asociación Argentina de Estudios Fiscales, ed. Errepar, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 3].

tribunal tendrá numerosos expedientes para atender. Por lo demás, el número de sentencias de los jueces internos va en franco aumento.

Asimismo, la calidad de permanente del órgano jurisdiccional fue establecida, como un anhelo, tanto por el Tratado de Asunción (Anexo III, literal 3[18]), como por el Protocolo de Brasilia (artículo 34[19]) y el Protocolo de Ouro Preto (POP) (artículo 44[20]). Más aún, el PO hoy vigente reconoce también tal exigencia, al disponer que "[a]ntes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción" (artículo 53 *Revisión del sistema*).

La *sede* del TJM debería continuar siendo la del TPR, es decir la ciudad de Asunción, dado que esto ha sido una reivindicación histórica de la República del Paraguay[21].

4. INTEGRACIÓN: NÚMERO, REQUISITOS, ELECCIÓN Y DURACIÓN

El TJM podría estar integrado por igual *número* de jueces (y su respectivo suplente) al de Estados Partes del bloque, sin que pueda existir más de un juez nacional de uno de dichos Estados, salvo el caso en el que el número sea par, en cuyo supuesto, por sistema de selección a determinar, podría elegirse un segundo nacional de un único Estado Parte[22].

Si se sigue la práctica del Derecho comunitario comparado, como así también el requisito del 5º Árbitro del TPR en el MERCOSUR, los jueces deberían tener la *nacionalidad* de algún Estado Parte.

El tratado constitutivo debería garantizar la *plena independencia* de los jueces del TJM en el ejercicio de sus funciones, en relación a los Gobiernos de los Estados Partes, a toda autoridad pública y a los particulares (personas físicas o jurídicas). Esto debería traducirse en un doble mandato: para los Estados Partes, en el sentido de respetar dicha independencia, comprometiéndose a no influir, de manera alguna, en los jueces; y para estos últimos, como obligación y condición de permanencia en el cargo, el no aceptar instrucción, sugerencia o influencia de ningún Estado Parte. Evidentemente, esta característica encuentra relación directa, entre otros extremos, con el carácter permanente de los jueces y las condiciones y calidades de su remuneración para el cargo.

En el sistema tribunalicio comparado existe un requisito general que es exigencia unánime, y se traduce en que para ser jueces del TJCE, del TJCA o de la CCJ, los candidatos deben reunir las condiciones requeridas en el país de su nacionalidad para el ejercicio de las *más altas funciones judiciales* o ser *jurisconsultos de notoria competencia*, más allá de su alta idoneidad moral e imparcialidad. Esto, además de garantizar una adecuada composición de un "tribunal de justicia", atiende a un elemento para nada menor, y es que de esta

[18]"Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común".

[19]"El presente Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción".

[20]"Antes de culminar el proceso de convergencia del Arancel Externo Común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del Mercosur con miras a la adopción del sistema permanente a que se refieren el ítem 3 del Anexo III del Tratado de Asunción, y el artículo 34 del Protocolo de Brasilia".

[21]Además de la Decisión CMC Nº 28/94 mencionada y del artículo 38 del PO, es del caso recordar que el Estatuto del Tribunal Administrativo–Laboral del MERCOSUR (TAL) – aprobado por Resolución GMC Nº 54/03 – prevé en su artículo 16 (*Sede y funcionamiento del Tribunal*) que "[s]i en el futuro se extendiera la jurisdicción y competencia del TAL a las cuestiones administrativo-laborales de las relaciones de los funcionarios de otros órganos de MERCOSUR con sede en una ciudad distinta a Montevideo, la sede del TAL será la ciudad de Asunción, teniendo en cuenta lo dispuesto en los respectivos acuerdos de sede de esos órganos. No obstante ello, el TAL podrá funcionar en otras ciudades de los Estados Partes del MERCOSUR, por decisión de sus miembros y según los requerimientos de cada caso". Cabe constatar que el artículo 5 (*Convocatoria y funcionamiento del TAL*), párrafo segundo, del Estatuto establece que "[e]l TAL sesionará en la sede de la SM [Secretaría del MERCOSUR – Montevideo], la que le proporcionará los servicios técnicos y administrativos para su funcionamiento".

[22]Así sucede en las Comunidades Europeas, aunque no es la práctica en la Comunidad Andina y en el SICA, procesos en los cuales se acepta que el respectivo Tribunal de Justicia esté integrado por un número par de miembros.

manera los jueces nacionales, en particular los Superiores Tribunales de Justicia, percibirán al TJM como un "par" institucional, lo cual facilitará sobradamente el contacto entre ambas esferas jurisdiccionales.

En cuanto al *proceso de elección*, y en particular teniendo en cuenta el principio de la división de poderes –reconocido en el derecho constitucional de los cuatro Estados Partes –, sería interesante revisar la posibilidad de que los jueces del TJM sean elegidos directamente por los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Partes[23], por consenso. Ello, además de lograr una sana separación e independencia del TJM en relación a los respectivos Poderes Ejecutivos nacionales[24], consolidaría al Tribunal y facilitaría "su más rápida inserción dentro de los Poderes Judiciales de los Estados Partes"[25]. Más aún, si acaso se quisiera dotar de mayor respaldo institucional y aval democrático[26], imitando el régimen interno de elección de los jueces de los Poderes Judiciales nacionales, podría pensarse en una intervención – a manera de consulta u otro mecanismo – del PM[27] en dicho proceso.

Ello, por otro lado, fue sugerido por algunos jueces de los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Partes, en el marco de las reuniones del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR[28].

Una cuestión íntimamente vinculada a la independencia del TJM, hace relación a la duración de los mandatos de sus jueces. En este sentido, ninguno de los Tribunales de Justicia comparables (TJCE, TJCA y CCJ) posee un período de ejercicio en el cargo tan exiguo como el de los miembros del TPR, salvo en el caso del 5º Árbitro[29]. A mayor duración en el cargo, mayor estabilidad e independencia de los jueces. Una extensión temporal de 6 años, con la posibilidad de reelección, podría ser una solución interesante.

5. PRESUPUESTO

Otro elemento que se halla en relación directa con la independencia del órgano es su autonomía presupuestaria, de lo cual, si se toma en cuenta los presupuestos comparados de otros sistemas de integración, el MERCOSUR ha dado muestras de una gran debilidad[30].

Una sugerencia en tal sentido podría ser que el presupuesto del TJM sea aportado por los Estados Partes, bien sea a partir de cuotas igualitarias (como ocurre con el presupuesto de la SM), bien a través de un régimen acorde a la recientemente adoptada política de reducción de las asimetrías en el bloque (lo que significaría aportes diferenciados, según el grado de desarrollo económico). Otras alternativas serían utilizar fondos del Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM)[31], o imputar parte de la recaudación de la renta aduanera del bloque[32].

---

[23]Tal como son elegidos los magistrados de la CCJ del SICA.

[24]En este sentido, cabe recordar el Decreto 222/03 de la República Argentina (19/06/03, Boletín Oficial 20/06/03), el cual reglamenta la atribución constitucional del Presidente para proponer al Senado de la Nación los candidatos para cubrir las vacantes producidas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN, Argentina –.

[25]*Del autor*, "Tribunal Permanente de Revisión…", cit., págs. 158-159.

[26]Es del caso resaltar que según el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, a más tardar el 31/12/2010, todos los parlamentarios del PM deberán haber sido electos por sufragio universal, secreto y obligatorio.

[27]Tal vez podría analizarse una adaptación del régimen de participación del Parlamento Europeo a la hora de la elección de los "comisarios" de la Comisión Europea.

[28]En efecto, la posibilidad de que sean los tribunales supremos quienes elijan a los miembros del TJM, o al menos participen sustancialmente en su elección, fue una sugerencia expuesta por DREYZIN DE KLOR, Adriana (en su ponencia "El TPR y las opiniones consultivas", ofrecida en la Reunión Preparatoria del 4º Foro de Cortes Supremas de Justicia del MERCOSUR, 11 de agosto de 2006, Asunción, Paraguay), quien aludió a que la misma surgió a partir de ideas intercambiadas con el Ministro Ricardo Lorenzetti (al momento juez de la CSJN y representante de dicho alto tribunal en la citada Reunión).

[29]Los jueces del TJCE son electos por 6 años, existiendo renovación parcial cada 3 años y estando permitida su reelección sin límites; los jueces del TJCA son electos en las mismas condiciones, salvo en cuanto a su renovación en el cargo, lo cual sólo está habilitado por una única vez; y finalmente, los magistrados de la CCJ duran en sus cargos 10 años, sin renovación parcial y con la posibilidad de reelección indefinida.

[30]Para una comparación entre los presupuestos del TJCA, de la CCJ y del MERCOSUR (TPR), puede verse, *del autor*, "Tribunal Permanente de Revisión…", cit., págs. 34-35, y "Presupuesto comparativo del sistema de solución de controversias: MERCOSUR – Comunidad Andina – Sistema de la Integración Centroamericana", en Mercosurabc Newletter Nº 204, Buenos Aires, 10/07/08, http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1601&IdSeccion=14.

[31]Ver Decisiones CMC Nº 19/04, Convergencia Estructural del MERCOSUR y financiamiento del proceso de integración, artículo 1.b; 45/04, Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM), artículo1; 18/05, Integración y funcionamiento del Fondo para la

6. COMPETENCIAS Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

Sin desmedro de la importancia de los tópicos antes analizados, el presente apartado resulta crucial para la definición del TJM que se quiera establecer.

Bien es cierto que la importancia, estatura y rol institucionales del TJM no será consecuencia exclusiva de las competencias que se le asignen – sino también, entre otros extremos, del modo en que el Tribunal las utilice –, sin embargo aquellas resultan de un valor sustancial.

Podrían proponerse las siguientes competencias:

6.1. *Acción de nulidad*

La cual podría dirigirse contra actos y normas de los órganos del MERCOSUR que contraríen normas del bloque de jerarquía superior.

La presente acción puede justificarse, entre otros motivos, por el hecho de que su ausencia en el actual esquema procesal vigente (TPR, PO) abre la posibilidad para que los jueces nacionales – ante la ausencia de una jurisdicción competente y ante la exigencia constitucional de acceso a la jurisdicción como derecho fundamental – se vean obligados a ejercer el correspondiente control de legalidad de las normas mercosureñas. Es decir, la falta de la acción de nulidad enfrenta a los jueces internos con la disyuntiva entre anular una norma del bloque o rechazar el ejercicio de la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción. Todo ello con el aditamento de que las normas regionales son parte de un ordenamiento diferente del nacional, en cuya elaboración han participado varios Estados[33].

La legitimación activa para esta acción podría ser reconocida en cabeza *i*) de los Estados Partes (en todos los casos[34], o sólo en aquellos en los que no hayan votado positivamente a favor de la norma impugnada[35-36]), *ii*) de determinados órganos del MERCOSUR (órganos decisorios, PM y SM) y *iii*) de los particulares (en los supuestos en los que la norma afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos).

6.2. *Acción por omisión*

Esta acción, que constituye el anverso de la mencionada en el párrafo anterior, podría ser incoada en los supuestos en los que los órganos del MERCOSUR, inobservando un mandato de actuación expreso del derecho del bloque, no adopten un acto o una norma de su competencia. En efecto, la legalidad comunitaria se vería resquebrajada tanto en el caso de un acto o norma que infrinja una norma superior, como en el supuesto en el que la falta de actuación de un órgano regional viola igualmente una disposición superior que lo mandata a intervenir.

La *legitimación activa* recomendada estaría en beneficio *i*) de los Estados Partes, *ii*) de determinados órganos del MERCOSUR (órganos decisorios, PM y SM) y *iii*) de los particulares (en los supuestos en los que la norma afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos). Podría pensarse en el agotamiento de la vía administrativa previa, a través de la exigencia de un requerimiento de actuación presentado ante el propio órgano, peticionando la adopción del acto o norma en cuestión.

Convergencia Estructural y Fortalecimiento de las Instituciones del MERCOSUR, artículo 2, y 24/05, Reglamento del Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR, Anexo, artículo 30, inciso IV, entre otras.

[32]Ver Decisión CMC Nº 54/04, Eliminación del doble cobro del AEC y la distribución de la renta aduanera, y normas concordantes.

[33]El eventual control de legalidad comunitaria que pueden ser llamados a ejercer los jueces nacionales no constituye una hipótesis meramente abstracta, sino que ello ha ocurrido en la práctica, y con resultados diferentes según el Estado Parte; cfr. en Argentina, *in re* "Dotti" de la CSJN, 1998; en Brasil, los asuntos vinculados al régimen de circulación de vehículo de turista comunitario del MERCOSUR, regulado por la Resolución GMC Nº 131/94, que tramitó en varios expedientes sentenciados por el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región y que llegó al Superior Tribunal de Justicia; y en Uruguay, la sentencia Nº 1.016/98 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (*in re* "Aliança da Bahía, 1998).

[34]Sistema del TJCE.

[35]Sistema del TJCA y de la CCJ.

[36]Cabe recordar que el artículo 37 del POP exige el consenso para la adopción de las normas del MERCOSUR, lo cual impide el voto negativo (veto), aunque no así la abstención.

6.3. *Acción de incumplimiento*

La presente acción podría intentarse ante el TJM contra toda acción u omisión de un Estado Parte que sea contraria a una disposición del derecho mercosureño.

La legitimación activa, en este caso podría ser establecida para:

i) Los Estados Partes: lo cual ya existe en el sistema procesal vigente en el bloque.

ii) Determinados órganos del MERCOSUR: aquí la innovación debería ser mayor, visto el régimen institucional del proceso de integración. En primer lugar, no tendría mayor sentido dotar de legitimación activa a los órganos decisorios, dado que los mismos, en su actual composición, representan a los Estados Partes. Podría analizarse la opción de otorgar tal capacidad procesal al PM, dada su futura integración (ver *ut supra*).

Resultaría sumamente conveniente crear un *órgano fiscalizador independiente*[37] que, de manera imparcial y equidistante de los Estados Partes, controle que estos últimos cumplan fielmente el ordenamiento jurídico regional. En esta dirección, tal como se constató antes de ahora, puede afirmarse que "es manifiesto que en el marco de un proceso de integración, un sistema de solución de controversias que restrinja la legitimación activa por incumplimiento del derecho sólo a los Estados socios, resulta inadecuado y a la vez contrario a la dinámica del propio proceso. Todos los esquemas de integración, sin excepción, demuestran en la práctica que los Estados miembros son totalmente esquivos y remisos a interponer demandas contra otro Estado en las hipótesis de incumplimiento del ordenamiento jurídico. En efecto, en las Comunidades Europeas ello ha ocurrido sólo en tres oportunidades: Reino Unido/Francia (1979), Bélgica/España (2000) y España/Reino Unido (2006); en la Comunidad Andina, en tres: Venezuela/Ecuador (1997), Venezuela/Colombia (1997) y Colombia/Venezuela (2002); en el Sistema de la Integración Centroamericana, en dos: Nicaragua/Honduras (2001) y Honduras/Nicaragua (2001), y en el *Common Market for Eastern and Southern Africa* (Mercado Común del Este y Sur de África…, COMESA), en una ocasión: Ethiopia/Eritrea (2001)"[38].

iii) Los particulares: en este aspecto no existe un modelo consolidado en el derecho comparado. Así, mientras en la Comunidad Andina y en el SICA los particulares tienen plena competencia para interponer demandas de incumplimiento contra los propios Estados, en las Comunidades Europeas carecen de tal vía procesal. Si acaso puede servir como antecedente, debe recordarse que el CMC, a través de la citada Decisión CMC Nº 26/03 (Programa de Trabajo 2004 – 2006), resolvió "[f]ortalecer la participación del sector privado en el proceso de integración del MERCOSUR", para lo cual instruyó a los órganos competentes a que "anali[cen] alternativas para la participación de agentes privados en el sistema de solución de controversias"[39].

En cualquier de los supuestos, podría pensarse en una fase administrativa previa ante un órgano del MERCOSUR determinado, como condición para acceder al TJM[40].

6.4. *Cuestión prejudicial*

La cuestión prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el Tribunal de Justicia regional y los jueces y tribunales el Poder Judicial de los Estados miembros, en el marco del cual el primero responde las consultas de interpretación o de validez de las normas regionales que le cursan los segundos, en el contexto de una causa que tramita ante la justicia interna y en la cual inciden dichas normas.

[37] Al estilo de la Comisión de las Comunidades Europeas o de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

[38] *Del autor*, "Tribunal Permanente de Revisión…", cit., págs. 55-56.

[39] Decisión CMC Nº 26/03, Anexo, literal 3.2.

[40] Tal como sucede en las Comunidades Europeas y en la Comunidad Andina, no así en el SICA.

En algunos supuestos – jueces o tribunales de última instancia ordinaria del caso principal, o aquellas hipótesis en las que el juez o tribunal, de cualquier instancia, duda sobre la validez de la norma regional – es obligatorio para el juez o tribunal nacional elevar la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Por otro lado, la cuestión prejudicial puede ser decidida por el juez o tribunal interno, de oficio o a instancia de parte.

Este procedimiento constituye la *principal herramienta* de que disponen los procesos de integración para garantizar la efectiva y uniforme interpretación y aplicación del derecho regional en el territorio de los Estados miembros. A su vez, la práctica comparada demuestra que los principios esenciales del ordenamiento jurídico del bloque suelen ser construidos a partir de la cuestión prejudicial, y no en el marco de otros procesos, seguramente debido al carácter no controversial de la presente vía. Por otro lado, desde el punto de vista cuantitativo la cuestión prejudicial explica la gran mayoría de los asuntos decididos por los respectivos Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas[41] y de la Comunidad Andina[42]. *De allí que no pueda dudarse que la cuestión prejudicial es la más importantes de las competencias que pueden otorgarse a un Tribunal de Justicia*.

Un extremo que debe ser examinado especialmente hace relación a los jueces competentes para encaminar una cuestión prejudicial al TJM. En el sistema actual – PO –, se ha regulado la opinión consultiva, la cual, si bien puede ser solicitada por cualquier juez nacional, sólo puede ser transmitida al TPR a través de los Superiores Tribunales de Justicia nacionales[43]. Sin embargo, la experiencia europea demuestra que los jueces y tribunales nacionales más propensos al planteamiento de la cuestión prejudicial no son los tribunales supremos, sino los órganos jurisdiccionales inferiores[44]; en el caso andino, el dato es aún más evidente. Más aún, en el caso europeo, en más de cincuenta años de integración, salvo excepcionalísimos supuestos, ningún tribunal constitucional nacional[45] – a pesar de estar obligado a hacerlos por la letra del Tratado de las Comunidades Europeas – ha elevado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, y ello a pesar de que dichos supremos órganos suelen aplicar normas del Derecho comunitario.

[41]Para citar algunos ejemplos: en el caso del TJCE, durante el año 2006 le fueron sometidas al Tribunal de Justicia, 251 cuestiones prejudiciales – de interpretación y de validez –, lo que significó el 47 % del total de 537 asuntos registrados ["24º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario" (2006), documento COM(2007) 398 final, 17/07/07, Anexo VI, pág. 1-2; el resto de los asuntos se distribuyeron entre recursos de incumplimiento, recursos de nulidad, recursos por omisión, recurso por responsabilidad extracontractual, etc.]; en el 2005 llegaron al Tribunal de Justicia 474 asuntos, de los cuales 221 fueron cuestiones prejudiciales, es decir el 46 % del total ["23º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario" (2005), documento COM(2006) 416 final, 24/07/06, Anexo VI, pág. 1-2]; en el 2004, de los 531 asuntos elevados al Tribunal de Justicia, 249 fueron cuestiones prejudiciales (46 %) ["22º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario" (2004), documento COM(2005) 570 final, 23/12/05, Anexo VI, pág. 3]; en el 2003, se plantearon a dicho tribunal 210 cuestiones prejudiciales, sobre un total de 561 asuntos (37 %) ["21º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario" (2003), documento COM(2004) 839, 30/12/04, Anexo VI, pág. 1-2], y en el 2002, sobre un total de 477 asuntos, 216 correspondieron a cuestiones prejudiciales (45 %) ["20º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario" (2002), documento COM(2003) 668 final, 21/11/03, Anexo VI, pág. 3].

[42]En el caso del TJCA, en cuanto a los asuntos registrados en el año 2006 y con sentencias o decisiones interlocutorias publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) en el período 03/01/06 a 16/02/07 (GOAC Nº 1279 a 1464), resulta que del total de 154 expedientes, 142 (casi el 92 %) respondieron a solicitudes de Interpretación Prejudicial (en adelante, IP) planteadas por los jueces nacionales, el resto se dividió en 3 Acciones de Incumplimiento (en adelante, AI), 8 Sumarios por incumplimiento de sentencias y 1 Recurso por Omisión; de los asuntos registrados en el 2005 y con sentencias o decisiones interlocutorias publicadas en la GOAC del 10/01/05 al 16/02/07 (GOAC Nº 1156 a 1464), de un total de 239 expedientes, 230 fueron IP (96 %) y el resto, 7 AI y 2 Demandas Laborales; y, finalmente, de los asuntos registrados en el 2004 y con sentencias o decisiones interlocutorias publicadas en la GOAC del 13/01/04 al 16/02/07 (GOAC Nº 1027 a 1464), en total 176 expedientes, 166 fueron IP (94 %) y el resto, 8 AI y 2 Acciones de Nulidad.

[43]Ver artículo 2 de la Decisión CMC Nº 02/07 citada.

[44]Así, en el año 2006, de las 251 cuestiones prejudiciales elevadas al Tribunal de Justicia, 171 (es decir el 68 %) fueron peticionadas por órganos jurisdiccionales inferiores (comparar "24º informe anual de la Comisión…", cit., págs. 1-1 a 1-3); en el 2005, 157 (71 %) sobre un total de 221 cuestiones prejudiciales (comparar "23º informe anual de la Comisión…", cit., págs. 1-1 a 1-3); en el 2004, 155 (62 %) sobre un total de 249 cuestiones prejudiciales (comparar "22º informe anual de la Comisión…", cit., págs. 1-1 a 1-3); en el 2003, 149 (70 %) sobre un total de 210 cuestiones prejudiciales (comparar "21º informe anual de la Comisión…", cit., págs. 1-1 a 1-3); y en el 2002, 126 (58 %) sobre un total de 216 cuestiones prejudiciales (comparar "20º informe anual de la Comisión…", cit., págs. 1-1 a 1-3). Cabe resaltar que la división que hace la Comisión a la hora de determinar el origen de las cuestiones prejudiciales no distingue estrictamente entre Superiores Tribunales de Justicia nacional y órganos jurisdiccionales inferiores, sino que – en muchos casos – incluye dentro del primero tribunales superiores pero no supremos, por lo que el porcentaje a favor de los inferiores es aún más abultado.

[45]Ver, *del autor*, "Tribunal Permanente de Revisión…", cit., págs. 88-89.

Por ello, lo conveniente sería regular este mecanismo de manera que *cualquier* órgano jurisdiccional nacional pueda plantearle *directamente* cuestiones prejudiciales al TJM[46].

Debería establecerse, en cuanto a la atribución para elevar cuestiones prejudiciales, que podrá hacerlo todo *órgano jurisdiccional nacional*, evitando mencionar – tal como lo hace la normativa vigente sobre opiniones consultivas al TPR[47] – a los órganos del *Poder Judicial* (o a causas que tramitan en el Poder Judicial) dado que esto restringe el alcance y, eventualmente, podría deja afuera, por ejemplo en Argentina, a órganos jurisdiccionales cotidianamente vinculados a la aplicación del Derecho del MERCOSUR como lo es el Tribunal Fiscal de la Nación.

En cuanto a la obligatoriedad de *realizar el planteo de una cuestión prejudicial*, cabría sugerir que ello tuviera lugar cuando la sentencia que va a dictar el órgano jurisdiccional nacional, no pudiera ser objeto de recurso judicial ordinario, según el derecho interno del Estado Parte de que se trate, o también cuando dicho órgano – sea o no su decisión susceptible de recurso ordinario – se inclina por declarar la invalidez de una norma mercosureña. El primer supuesto se justifica dado que de esta forma ninguna decisión pasará en autoridad de cosa juzgada sin tener la intervención unificadora de la jurisprudencia del TJM, y en el segundo dado que ningún órgano jurisdiccional nacional tiene atribuida la competencia para declarar la nulidad de una disposición regional, en la cual han participados varios Estados Partes. Por lo demás, la solución pregonada para la hipótesis mencionada en primer lugar (sentencia irrecurrible) tiene amplia receptividad en el derecho comparado[48], y la referida en segundo término ha sido de creación pretoriana[49].

Asimismo, en lo que hace al valor de la respuesta del TJM a las cuestiones prejudiciales que le planteen los órganos jurisdiccionales nacionales, cabría aconsejar apartarse de la falta de obligatoriedad que actualmente establece el artículo 11 del RPO para las opiniones consultivas[50], y prever específicamente que las *cuestiones prejudiciales serán obligatorias* para el órgano jurisdiccional nacional peticionante. Ello, no sólo porque es la opción a la que adhiere la unanimidad del derecho regional comparado[51], sino que sólo así el mecanismo cumple con su importante función de uniformizar la interpretación y aplicación del derecho mercosureño en todo el territorio del bloque, independientemente del órgano jurisdiccional nacional llamado a aplicarlo en un caso concreto.

Finalmente, podría también analizarse la posibilidad de seguir el modelo centroamericano, en el cual también determinados órganos regionales pueden plantear a la CCJ cuestiones interpretativas sobre la normativa del proceso de integración. En el caso del TJM, además, ello sería compatible con el derecho vigente, según el cual – como antes se señaló – los órganos decisorios[52] y el PM[53] pueden elevar opiniones consultivas al TPR. A su vez y partiendo de dicho antecedente, podría ampliarse dicha atribución hacia otros órganos del MERCOSUR.

[46]Ver en tal sentido, la sugestiva afirmación de la Comisión Europea que obra en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, "relativa a la adaptación de las disposiciones del título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea referentes a las competencias del Tribunal de Justicia, con el fin de garantizar una protección jurisdiccional más efectiva", de 28 de junio de 2006, COM(2006) 346 final, págs. 8 a 9 y nota 21.

[47]Ver artículos 4, inciso 1, del RPO, y 3 y 4 de la Decisión CMC Nº 02/07, citados.

[48]Ya que ella se aplica en los sistemas procesales del TJCE, del TJCA y de la Corte de Justicia del COMESA. En cuanto a la Corte de Justicia del Caribe (CSME/CARICOM: Comunidad del Caribe incluyendo el Mercado y Economía Únicos del Caribe), las normas parecerían imponer la obligatoriedad del reenvío en todos los casos.

[49]En el caso del TJCE. En el supuesto del TJCA, su Protocolo Constitutivo impone la obligatoriedad del reenvío en la hipótesis de alegarse la ilegalidad de una norma comunitaria ante un juez nacional.

[50]Falta de obligatoriedad que, ciertamente, puede ser impugnada en su validez frente a lo previsto en el artículo 38 del POP, que constituye una norma de superior jerarquía al RPO (sobre esto puede verse, *del autor*, "Rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas…", cit., pág. 4).

[51]La obligatoriedad de la respuesta del respectivo Tribunal de Justicia para el juez nacional consultante viene impuesto en el caso del TJCE, del TJCA, de la CCJ y de la Corte de Justicia del Caribe.

[52]RPO, artículos 2 y concordantes.

[53]Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, artículo 13.

6.5. *Jurisdicción laboral*

En este caso, el TJM sería competente para entender en las controversias que se originen entre los funcionarios de los órganos del MERCOSUR (SM, PM, Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR, secretarías varias, etc.) y dichos órganos, o entre éstos y sus prestadores de servicios.

La *legitimación activa* debería recaer en los funcionarios y prestadores de servicios de los órganos del MERCOSUR, pudiendo preverse el agotamiento de una instancia administrativa previa ante el mismo órgano.

Esta competencia resulta altamente conveniente en el MERCOSUR dado que la proliferación de órganos permanentes ha provocado la existencia, a la fecha, de una importante planta de "funcionarios del MERCOSUR", que trabajan para órganos que no depende del poder judicial nacional; a ello cabe agregar que, generalmente, los Acuerdos de Sede firmados entre el MERCOSUR y el Estado Parte en el cual radican tales órganos prevén la inmunidad de jurisdicción de los mismos ante la justicia nacional[54]. Si bien es cierto que en el MERCOSUR se ha creado el Tribunal Administrativo–Laboral (Resolución GMC Nº 54/03, citada), no lo es menos que algunos de sus integrantes son funcionarios de los Ministerio de Relaciones Exteriores de los Estados Partes, que son justamente órganos nacionales que suelen designar a los funcionarios de los órganos del MERCOSUR, por lo que esta circunstancia desdibuja el requisito inexorable de "imparcialidad" que constituye un mandato constitucional en los cuatro Estados.

Por lo demás, en el derecho comparado, la jurisdicción laboral para las causas que involucran a órganos regionales y sus funcionarios se halla en cabeza de los respectivos Tribunales de Justicia (TJCE – a través del Tribunal de la Función Pública que lo conforma –, TJCA y CCJ).

6.6. *Otras competencias*

Finalmente podrían analizarse dos atribuciones adicionales. En primer lugar, la *acción por responsabilidad extracontractual*, que podría ser intentada ante el TJM, contra los órganos del MERCOSUR, con motivos de los daños ocasionados por dichos órganos o sus agentes en el ejercicio de sus funciones. En este caso, la *legitimación activa* podría colocarse en beneficio de los Estados Partes y de los particulares – en salvaguarda de sus derechos o intereses legítimos –.

En el derecho europeo, el TJCE dispone de esta competencia, mientras que en el derecho andino, esta acción no está establecida a texto expreso, sin embargo el TJCA, en una reciente sentencia, ha reconocido que los daños ocasionados a un particular por las instituciones son resarcible pecuniariamente (responsabilidad extracontractual)[55].

La segunda competencia sería el *control previo de los acuerdos internacionales* que suscriba el MERCOSUR. En este supuesto, podría interponerse ante el TJM la solicitud de un dictamen sobre la compatibilidad de las normas del Tratado de Asunción (y normas complementarias), con los proyectos de acuerdos internacionales a ser firmados por los Estados Partes y el MERCOSUR, o los Estados Partes en el marco del MERCOSUR, con terceros Estados, grupos de Estados y Organizaciones Internacionales. La *legitimación activa* podría preverse para los Estados Partes, los órganos decisorios (CMC, GMC y CCM) y el PM.

[54]Acuerdo Sede entre la República Oriental del Uruguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el funcionamiento de la Secretaria Administrativa del MERCOSUR (Decisión CMC Nº 04/96), artículo 4; Acuerdo de Sede entre la República del Paraguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión (Decisión CMC Nº 01/05), artículo 4, y Acuerdo de Sede entre la Republica Oriental del Uruguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el funcionamiento en el territorio de la República de la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR y su Secretaria Administrativa Parlamentaria Permanente (Decisión CMC Nº 34/05), artículo 4.

[55]TJCA, sentencia de 17 de noviembre de 2006, Egar S.A./Secretaría General (Resoluciones 800 y 837), proceso 214-AN-2005, GOAC Nº 1498, 16/05/07, y principalmente, providencia de 21 de marzo de 2007, en el mismo expediente (pedido de ampliación y aclaración), GOAC Nº 1498, 16/05/07.

La presente atribución resulta altamente necesaria pues el MERCOSUR, como bloque o sus Estados Partes en su marco, firman en forma muy asidua acuerdos internacionales con terceros Estados, grupos de Estados y Organizaciones Internacionales, y a la fecha tales compromisos no son presididos por un previo control de compatibilidad con el Tratado de Asunción y demás normas complementarias.

En Europa, el Tribunal de Justicia dispone de esta competencia, la cual puede ser puesta en práctica (solicitud de dictamen) por cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo, la Comisión o el Consejo.

7. CARÁCTER DE SU JURISDICCIÓN

A los fines de garantizar la eficacia y efectividad del TJM y de sus atribuciones, resulta aconsejable seguir la práctica del derecho comparado europeo, andino y centroamericano, según los cuales la jurisdicción del respectivo Tribunal de Justicia es exclusiva y excluyente de cualquier otro tribunal en todo lo que se vincule con el ordenamiento jurídico regional.

De esta manera, el TJM debería tener jurisdicción exclusiva y excluyente en todo lo vinculado a la interpretación y aplicación del derecho mercosureño, lo cual significaría alejarse del sistema hoy vigente que, a través de la cláusula de opción de foro, permite que "[l]as controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del [Protocolo de Olivos] que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, [puedan] someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante" (PO, artículo 1, inciso 2). Es decir que cabría derogar la cláusula de opción de foro del PO.

8. CUESTIONES DE FORMA EN CUANTO AL INSTRUMENTO CONSTITUTIVO

Para culminar, visto que las sugerencias anteriores constituyen una verdadera novación jurídica respecto del sistema de solución de controversias vigente, en especial en relación a las atribuciones del TPR, de plasmarse el proyecto de crear un TJM ello debería ser formalizado a través de un Protocolo Modificatorio del Tratado de Asunción – tal como lo es el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR – que, además, derogue al Protocolo de Olivos.

9. CUADRO RESUMEN: PROPUESTAS

Las propuestas reseñadas a lo largo del presente documento pueden resumirse de la siguiente manera:

ELEMENTOS BÁSICOS – TJM	RECOMENDACIÓN
Nombre:	- Tribunal de Justicia del MERCOSUR
Naturaleza:	- Jurisdiccional
Permanencia:	- El TJM tendrá carácter permanente
Sede:	- Asunción, República del Paraguay
Integración	
Número:	- Igual número de jueces (y suplente) como Estados Partes; nacionales de los Estados Partes
Requisitos:	- Los candidatos deben reunir las condiciones requeridas en el país de su nacionalidad para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia
Elección:	- Los jueces del TJM sean elegidos directamente por los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Partes, por consenso (alternativa: en consulta con el PM)
Duración:	- 6 años

Presupuesto:	- Aportado por los Estados Partes (a partir de cuotas igualitarias, o a través de un régimen acorde a la política de reducción de las asimetrías); con fondos del Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM); o con parte de la recaudación de la renta aduanera del bloque
Competencias y legitimación activa	
Acción de nulidad:	- Contra las normas de los órganos del MERCOSUR que infrinjan disposiciones regionales de jerarquía superior. Legitimación activa: los Estados Partes, determinados órganos del MERCOSUR y los particulares
Acción por omisión:	- Contra la inactividad de los órganos del MERCOSUR en violación de las normas regionales. Legitimación activa: Estados Partes, determinados órganos del MERCOSUR y particulares
Acción de incumplimiento:	- Contra la acción o la omisión de un Estado Parte contraria a las normas del MERCOSUR. Legitimación activa: Estados Partes, determinados órganos del MERCOSUR [alternativa: particulares]. Con una fase administrativa previa ante determinado órgano del MERCOSUR
Cuestión prejudicial:	- Consulta de los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la interpretación o la validez de las normas del MERCOSUR, como así también de determinados órganos del MERCOSUR. Legitimación activa: órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados Partes, en el marco de un juicio en el que se invoquen normas del MERCOSUR, y determinados órganos del MERCOSUR
Jurisdicción laboral:	- Controversias entre los funcionarios de los órganos del MERCOSUR y dichos órganos, y entre éstos y sus prestadores de servicios. Legitimación activa: funcionarios de los órganos del MERCOSUR y sus prestadores de servicios
Acción por responsabilidad extracontractual:	- Contra los órganos del MERCOSUR, con motivos de los daños ocasionados por dichos órganos o sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Legitimación activa: Estados Partes y particulares
Control previo de los acuerdos internacionales:	- Solicitud de dictamen sobre la compatibilidad de las normas del Tratado de Asunción (y normas complementarias), con los proyectos de acuerdos internacionales a ser firmados por los Estados Partes y el MERCOSUR, o los Estados Partes en el marco del MERCOSUR, con terceros Estados, grupos de Estados y Organizaciones Internacionales. Legitimación activa: Estados Partes, órganos decisorios (CMC, GMC y CCM) y PM
Carácter de su jurisdicción:	- Exclusiva y excluyente en todo lo vinculado a la interpretación y aplicación del derecho mercosureño
Instrumento constitutivo:	- Protocolo Modificatorio del Tratado de Asunción (que, además, derogue al Protocolo de Olivos)