TRIBUNAL DE JUSTICIA PARA EL MERCOSUR

por

ADOLFO GELSI BIDART

SUMARIO:

I) DOS PROPUESTAS CONFLUYENTES.

1. — En el marco del Convenio de Asistencia Recíproca entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Facultad de Derecho, la Facultad propuso a aquél según lo aprobado por su Sala de Directores del Instituto, el 30-IV verbalmente y el 3-V-91 por nota, que el Gobierno de la República, si lo estimaba pertinente, tomara la iniciativa de proponer la creación de una Corte de Justicia para el Mercosur.

Se proponía como posible integración del Tribunal, un delegado designado por cada Gobierno y un quinto por los demás integrantes; de no ponerse de acuerdo, podría solicitarse una propuesta (directa o en terna, v.gr.) a la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos.

2. — *El Ministerio de Relaciones Exteriores* tuvo, al propio tiempo, igual inquietud y el *Instituto Artigas* del Servicio Exterior cuyo Director actual es el Embajador Dr. Sergio Pérez Otermín, propuso la designación de una *Comisión Nacional de Juristas* para estudair el punto y participar en un Simposio a realizarse los días 29 y 30 de octubre y 1º de noviembre de 1991, en su sede.

3. — Se invitó a participar en el mismo al Sub-Director del Departamento Jurídico de O.E.A., Embajador Hugo Caminos; al ex-integrante

del Tribunal de la Comunidad Europea, Dr. Pierre Pescatore; a su actual integrante y ex-miembro del Tribunal Constitucional de España Dr. Manuel Diez de Valesco Vallejo y al miembro del Tribunal del Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) Dr. Basilio Uribe Restrepo, cada uno de los cuales hizo exposiciones acerca de la experiencia del respectivo Tribunal; el Embajador Caminos lo hizo con respecto al régimen transitorio en los Acuerdos entre USA y Canadá y entre ambos y México y el realizado entre Chile y México. También lo hizo, respecto a este último, el Embajador de Chile ante ALADI.

4. — Además, todos los invitados del exterior a este Simposio, que se llevó a cabo en plano académico, jurídico y no político, realizaron una reunión del trabajo con la Comisión Nacional de Juristas, integrada por los Dres. Miguel Berthet, Margarita Brito del Pino, José Mª Gamio, Adolfo Gelsi Bidart, Ronald Herbert, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Daniel Hugo Martins, Vivián Matteo de Oteiza, Felipe Paolillo, Jorge Peirano Basso, Jorge Pérez Otermín, Jorge Tálice Lacombe, Alvaro Valverde, casi todos internacionalistas, uno administrativista, un procesalista, en gran medida vinculados al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Facultad de Derecho.

Después de varias sesiones de deliberación, un extenso y profundo documento que recoge en general, el pensamiento de la Comisión fue elaborado por los Dres. Margarita Brito del Pino, Jorge Pérez Otermín y Alvaro Valverde. Este documento, junto con las conferencias escritas de los invitados, constituyeron los papeles de trabajo del Simposio.

II) EL DERECHO Y LA MARCHA HACIA LA COMUNIDAD. LOS ORIGENES.

5. — Uno de los temas planteados —y recurrentes— fue el de la *naturaleza de los temas jurídicos* considerados, acerca de los cuales, una vez más, apareció la interdisciplinariedad indispensable.

El Tratado de Asunción es, obviamente, un instrumento de Derecho Internacional (Público), pues consiste y compromete la voluntad de varios Estados en torno a un tema en común. La peculiaridad consiste, en plano estrictamente jurídico, en que, además, de las relaciones —en el caso— plurilaterales acordadas, se crea una entidad que tiene una misión creadora de Derecho para hacer posible un mercado en común de cuatro países; para permitir el ingreso de otros; para permitir la marcha hacia una Comunidad de Naciones, que comienza por la liberalización comercial — libre circulación de personas, bienes y servicios y puede llegar a una real comunidad integral entre los Estados miembros.

También se prevén políticas económicas comunes, macro económicas y sectoriales en común, agricultura, transportes y comunicaciones, fiscales, financieras, etc. que requieren una verdadera integración entre los países fundadores y los que eventualmente se incorporen.

6. — Desde el punto de vista del Derecho, por el momento y por un plazo que se prevé largo (ver Pacto Andino y Comunidad Europea) hay un fenómeno jurídico doblemente nuevo.

Internamente, puse cada Estado se 'abre' por así decirlo y se integra primero parcial y sectorialmente con los otros tres países signatarios.

Externamente, cada país conserva su propia individualidad, salvo en los puntos en que la integración funciona, v.gr., en el primer aspecto del Arancel común para otros países.

El ideal de integración total que está en la mira del Derecho Internacional, ha encontrado en nuestra época un escalón, una aproximación, en los regionalismos, las agrupaciones por zona. En el caso de Latino-América, los sucesivos intentos de ALALC y ahora ALADI, no están obstaculizados, sino progresivamente planeados, paso a paso, por los acuerdos regionales más restringidos: Acuerdo México-Chile; Mercosur; Pacto Andino; eventual resurrección del Mercado Común Centro-Americano. Todos concebidos como un punto de partida: resulta menos difícil lograr una integración de dos o de cuatro que de la totalidad de los países de Latino-América; la concepción 'abierta' del Tratado sobre el Mercado Común del Cono Sur, no lo hace incompatible con ALADI, sino preparatoria de la integración más amplia —en cuanto a países— que problema el Tratado de Montevideo.

La experiencia de ALADI, sobre la base de acuerdos bilaterales o plurilaterales dentro del marco común del Tratado de integración para toda Latino-América, permite esperar que una marcha efectiva en el plano de las sub-regiones Latino-Americanas, prepare efectivamente la integración de toda la región.

Naturalmente que no es posible predecir fechas, pero el impulso que recién ahora se ha dado después de más de 160 años de proyectos, uniones, previsiones, deliberaciones y afirmaciones sólo en el discurso, permiten augurar que aquella cifra de años no volverá a separarnos de la plena integración de Latino-América.

7. — Por lo demás, existe —universalmente— la experiencia de los Estados unitarios que se escinden en *federales;* las *confederaciones* de *Estados; mancomunidades* de naciones ("Commonweal"), la mancomunidad francofila de naciones; la mancomunidad de Estados soberanos de Rusia y otras repúblicas), que señalan grados diferentes de uniones entre Estados, guardando mayor o menor individualidad entre sí.

El Mercosur apunta a una *Asociación de Estados* en lo social y en lo económico, que habrá de realizarse sucesiva y paulatinamente en diferentes sectores o aspectos de la posible confluencia entre los mismos y que podrá llegar —o no— a una efectiva Comunidad socio-económica y, eventualmente, política.

Esto supone, por ende, un proceso de integración, que implica etapas diferentes, con órganos que podrían ser los mismos, pero que el Tratado

prevé como diversos en la primera etapa '*hacia* la integración' y la segunda de integración efectiva y la creación, en continuidad, de un sistema jurídico progresivamente desarrollado por aquellos órganos y, eventualmente, por nuevos Tratados 'inter-nationes' que, como el Derecho interno de cada país, no puede, de antemano, predecirse.

Internamente (apertura de cada Estado a los demás, en los aspectos que se acuerdan) y externamente (creación de una entidad que podría denominarse de asociación de Estados en los aspectos previstos), se asiste, por tanto, a un fenómeno jurídico bi-valente, que no es novedad para el Derecho Internacional. Todo Tratado —pongamos bi-lateral— supone apertura entre los Estados, pero es indudable que lo que se acentúa aquí, es la existencia de órganos emanados del Tratado, que se integran según la voluntad confluyente de los diferentes miembros, para el avance de la integración, que paralelamente exige la tarea interna de cada Estado, para acompasarse a la marcha de la integración.

8. — El Derecho Comunitario se inserta como uno de los tantos sectores del Derecho Internacional —'inter-nations'—, en cuanto, en sus primeras etapas, al menos, tiene la primacía que al Derecho Internacional, doctrinaria y prácticamente se le reconoce sobre el Derecho Interno de cada país. Sin perjuicio de que si se llega a una verdadera o real Comunidad Política, se alcance la posición análoga a las del Derecho Con-federal o federal, para los Estados miembros.

Tales Estados elaboran, juntos y, principalmente (en ésto radica la peculiaridad), a través de los órganos que ellos mismos crean, según el o los Tratados respectivos, el Derecho que ha de regirlos internamente y que tiende a la unión continuada y permanente en el o los sectores pactados.

Por ende, la existencia de Organos que en el plano administrativo, legislativo y jurisdiccional aseguren la determinación, el desarrollo y el cumplimiento o aplicación del Derecho comunitario, aparece como indispensable.

III) ORGANISMOS JURISDICCIONALES: ARBITRAJE Y TRIBUNAL PERMANENTE.

9. — Como acaba de indicarse, resulta *indispensable* que existan órganos que atiendan a la declaración del Derecho Comunitario y atiendan a su cumplimiento o ejecución, que 'juzguen y hagan ejecutar lo juzgado'.

El Derecho Comunitario no escapa a la eventualidad de incumplimiento, máxime por tratarse de un Derecho nuevo y que debe afrontar las desconfianzas y suspicacias de las 'soberanías' estatales.

Por ende: si el tema queda liberado exclusivamente a la voluntad de los Gobiernos; si no se da ingreso al Poder Legislativo de cada país para acelerar el proceso de integración y si no existen Organismos jurisdiccio-

nales independientes para lograr que los Estados entre sí, y con relación a los demás sujetos jurídicos, se atengan a las disposiciones comunitarias, no sólo se corre el riesgo de un extendido incumplimiento (en la experiencia del Acuerdo de Cartagena se señalaron más de tres mil, cuando se instaló el Tribunal del Pacto Andino), sino que se retrasa el conocimiento adecuado y el cumplimiento de lo que efectivamente se acordó, en base a la sola aplicación del Derecho como tal, sin cortapisas u obstáculos políticos.

10. — El Tratado de Asunción prevé la existencia de un *sistema de solución de controversias,* pero no lo establece expresamente, en tanto que crea el Consejo de Ministros y el Grupo de Trabajo, como autoridad superior de orientación política y como órgano ejecutivo, respectivamente.

Por lo cual requiere una complementación en el campo jurisdcicional. No se trata de un simple problema de conveniencia, sino de necesidad, para todo sistema jurídico, máxime para el naciente —Derecho de la Comunidad— y que debe acompañarlo para su declaración y aplicación, a lo largo de su desenvolvimiento.

11. — Tanto en los Acuerdos relativos al comercio entre Chile-México; Canadá-USA y Canadá-USA-México, de reciente celebración, se ha optado por fórmulas de solución de conflictos en el campo del *arbitraje,* mediante la creación de Comisiones 'ad-hoc', como recordó en su exposición el Embajador Caminos.

Esta fórmula parece la que puede predominar para el régimen transitorio hasta diciembre 1994 en el Mercosur y que habrá de considerarse en próximas deliberaciones.

La orientación de preferencia por el sistema arbitral, responde a la conocida experiencia del arbitraje como adelantado de la jurisdicción: tanto los Estados en el plano internacional, como los gremios en el Derecho Colectivo del Trabajo, lo privilegian; también los comerciantes a nivel internacional, pero por otras razones que se refieren a tiempo empleado y costos del procedimiento.

Se trataría de una etapa de 'acostumbramiento' a la jurisdicción, pasando de la relativa libertad de las soberanías a la que regule jurídicamente, la actuación de los Estados. El arbitraje soluciona caso por caso las situaciones; no hay un Tribunal permanente, custodio de la adecuada aplicación de las normas.

Por otro lado se entiende que de igual modo que no hay Organos definitivos en los otros campos de actuación, tampoco correspondería crearlos en materia jurisdiccional.

12. — Por nuestra parte, sin perjuicio de darle toda la significación que tiene al *arbitraje* como adelantado de la jurisdicción y como organismo paralelo al *Tribunal* permanente que sirva para aliviarlo del peso excesivo —por su número— de los conflictos, entendimos y entendemos pre-

ferible la creación inmediata de un Tribunal para el régimen transitorio del Mercosur.

Un Tribunal que podrá tener la integración ya indicada (supra nº 1) que permitirá una más fácil adhesión de los Estados hasta llegar a una integración más adecuada en el Tribunal definitivo.

El *régimen transitorio* probablemente sea la etapa más difícil, porque procura introducir paulatinamente a los sistemas jurídicos independientes en un sistema supra-nacional que, en parte, les abarque. Para formular este último, para desenvolverlo, para interpretarlo (declararlo) adecuadamente, para asegurar su cumplimiento, los organismos jurisdiccionales son indispensables. El Tribunal permanente permite que esta tarea se lleve a cabo con cierta continuidad, según criterios permanentes que permitan a todos los involucrados en el Mercosur, conocer a qué reglas de funcionamiento han de atenerse.

Además, la experiencia de los tres años antes del régimen definitivo será invalorable para una reglamentación que pueda funcionar en una realidad similar pero no idéntica al Pacto Andino o al de la Comunidad Europea. La experiencia negativa del primero —funcionamiento sin Tribunal— y positiva del segundo —Tribunal que acompaña la puesta en marcha de los Tratados— es bastante claro al respecto.

IV) CO-RELACION DE TRIBUNALES.

13. — Otro de los problemas a plantear es si el Tratado y el Derecho derivado de éste (nuevos Tratados o disposiciones de los órganos emergentes del Tratado de Asunción), han de ser de *aplicación directa e inmeiata* o bien si en cada caso habrá de acudirse a la 'intermediación' del Tribunal del Mercosur.

La respuesta adopta la primer alternativa, a la cual nos tiene acostumbrados, en nuestro país, no sólo el concepto doctrinario, sino la larga experiencia de aplicación del Derecho Internacional que se considera incorporado más que a 'nuestro' Derecho, al Derecho que se aplica en el país y con un rango, en principio, superior al Derecho interno.

Vale decir, que los Tribunales nacionales habrán de aplicar directamente el Derecho Comunitario, sin requerir de ninguna declaración previa del Tribunal del Mercosur.

14. — Lo cual plantea el problema de la relación entre el Tribunal-Mercosur y los Tribunales nacionales.

En primer lugar, la ssentencias del Tribunal tendrn plena eficacia en cada país y, por ende, también, igualmente, para todo Tribunal nacional; resuelta una cuestión por aquél, se llevará a cabo por los Tribunales nacionales (prejudicialidad; ejecución).

15. — El otro tema, es si el Tribunal-Mercosur será una instancia superior a los Tribunales o si tal ordenación supra nacional será relativa y habrá de funcionar, prácticamente, sea por la vía del planteamiento de *cuestiones pre-judiciales,* a iniciativa de parte o de oficio en los procesos planteados ante los Tribunales nacionales; o aún en base a solicitud de *consulta* —vinculante o solamente orientadora— por parte de todo sujeto jurídico habilitado para comparecer ante el Tribunal-Mercosur.

En cuanto al planteamiento de las cuestiones pre-judiciales, generalmente admitido en la Comunidad Europea y el Pacto Andino, parece un modo adecuado para solucionar dificultades de interpretación del Derecho Comunitario, pero no para hacerlo en todo caso —como se dijo— sino cuando alguno de los tres sujetos principales del proceso lo plantea.

En relación a la consulta, entendemos que ha dado buen resultado en la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, pero no la aceptaríamos como vinculante genéricamente, sino exclusivamente como orientadora para los diferentes organismos. No creemos adecuado, salvo casos especiales, el sentido genérico del fallo, que, por naturaleza ha de ser —en nuestro concepto— solución del caso concreto.

V) ORGANIZACION.

16. — Con respecto a la integración del Tribunal valdría la pena pensar en un Tribunal, sin perjuicio de prever su aumento para el futuro.

La unicidad favorece la orientación relativamente permanente, importante en especial en el régimen transitorio y en los primeros tiempos del definitivo.

17. — El número de integrantes podrá tomar como referencia el de países adheridos, pero conservando una cifra impar. El 5º miembro, por ahora, sería designado por los restantes o podría solicitarse una terna a la Corte Inter-Americano de Derecho Humanos o a la Corte de Justicia de La Haya.

La propuesta de los integrantes se haría —en el régimen transitorio— por los Gobiernos de cada país o por sus Cortes Supremas al Consejo de Ministros. La propuesta, en vez de ser de un Miembro, podrá ser en terna o de dos ternas, unade nacionales y otra de extranjeros. Todo el fin de preservar la máxima independencia de los Ministros del Tribunal y siguiendo —en parte— antecedentes de la Comunidad Europea y de la Corte Internacional de La Haya.

Los miembros del Tribunal durarían por un plazo fijo —v.gr. 5 años—, pudiendo ser reelectos por una sola vez.

18. — Tal vez mejor que un Tribunal itinerante, podrá preverse la sede permanente en una ciudad —como en Europa, Luxemburgo— de preferencia en alguno de los países menores del Mercosur (Paraguay o Uruguay).

Los Ministros gozarán de inmunidad diplomática; no podrán actuar ante ninguno de los órganos del Mercosur (salvo como Ministros del Tribunal); su sueldo o dieta (tal vez preferentemente ésta, en tanto no sea importante el número de casos a tratar) se fijaría al comienzo del período en moneda contante y se abonaría por el Consejo de Ministros, según el aporte de todos los países miembros.

VI) COMPETENCIA.

19. — El Tribunal intervendría solamente en problemas relativos al Derecho Comunitario debiendo fijarse el sistema de interpretación y también el de integración.

Este último habría de tener el orden siguiente: D. Comunitario; D. Internacional; D. de los países miembros. Pero siempre sobre las bases de los criterios derivados del propio Derecho Comunitario.

Queda aclarado —supra— que no tiene exclusividad en cuanto al D. Comunitario, aplicado tanto por los Tribunales nacionales como por el mismo: el D. Comunitario integra el Derecho de cada país y en él coinciden los cuatro Estados miembros y el ordenamiento de cada cual.

20. — En cuanto al funcionamiento del Tribunal, es equiparable al de los Tribunales nacionales, y sería de doble manera:

— *Interviniendo en cuestión previa y pre-judicial* cuando el tema se plantea en algún proceso ante Tribunales nacionales.

— *En proceso principal* de declaración acerca del Derecho y: a) eventualmente, de anulación de la disposición violatoria del Derecho Comunitario; b) cuando existe incumplimiento de resoluciones comunitarias, para obtener la correspondiente ejecución; a través de la resolución del Tribunal y eventual proceso de ejecución en el ámbito del país respectivo.

En nuestro criterio, el Tribunal debe poder ejercer facultades conciliatorias y decisiones, al igual que los Tribunales nacionales.

21. — Parece fundamental que el Tribunal intervenga tanto en conflictos entre los Estados, como entre los demás sujetos jurídicos y de éstos frente a Estados Miembros, superando, mediante legitimación activa y pasiva otorgada a *todo sujeto jurídico*, la exclusividad para Estados y órganos de la Comunidad, como en el caso de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos.

VII) PERSPECTIVA.

22. — A) Como lo dijo el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay Dr. Armando Tommasino y el 1er. Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur (Buenos Aires, 7, 8, 9 de agosto de 1991), resulta indispensable para el adecuado funcionamiento del Derecho Comunitario, la existencia de un Tribunal independiente emanado de la Comunidad.

B) Su competencia debería abarcar a todo sujeto jurídico incluído en los Estados miembros del Mercosur y a éstos mismos.

C) Sería deseable que se estableciera un Tribunal —aunque fuera provisorio en su integración— cuya actuación se llevara a cabo en el período transitorio, a los efectos de preparar la solución definitiva en la etapa de plena aplicación integradora del Derecho Comunitario.

D) En el Tribunal debe asegurarse la plena independencia e imparcialidad de los Magistrados, condición indispensable para un verdadero Tribunal jurisdiccional.

E) El Arbitraje no quedaría excluído del Derecho Comunitario, pero si asegurada la competencia del Tribunal-Mercosur como necesaria y preferente, cuando cualquiera de los sujetos interesados promueve su intervención.