

***Tribunal Permanente de Revisión***

Asunción, 10 de octubre de 2007.

**RESOLUCIÓN N° 4/2007****VOTO EN DISIDENCIA DEL MIEMBRO WILFRIDO FERNÁNDEZ DE BRIX,  
COORDINADOR*****Voto en disidencia del miembro Wilfrido Fernández de Brix, Coordinador***

**Visto:** el Protocolo de Olivos para la solución de controversias, las Reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión, la Resolución GMC N° 66/05 ("Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión – reglamentación del artículo 35 de la Dec. 37/03"), la "Convocatoria a Concurso para el cargo de Secretario del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR" (Convocatoria a Concurso), las Resoluciones N° 1/2007, sobre elección del Secretario y elevación al CMC y 2/2007, sobre confirmación de la Resolución N° 1/2007, ambas del Tribunal, la Decisión CMC N° 36/07 (Secretario del TPR) y la Nota N° 756/2007 del Señor Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, Don Reinaldo Gargano;

**Considerando:**

(I) Que los antecedentes del Concurso para Secretario del Tribunal han sido reseñados en la Resolución N° 1/2007 del Tribunal sobre elección del Secretario y elevación al CMC, de 8 de junio de 2007 (Resolución N° 1/2007), a la cual cabe remitirse por razones de brevedad.

(II) Que – tal como se señaló en la Resolución N° 2/2007, sobre confirmación de la Resolución N° 1/2007, de 9 de julio de 2007 (Resolución N° 2/2007) – interesa aquí destacar que, a través de la Resolución N° 1/2007, el Tribunal, en virtud de la responsabilidad institucional que le cabe en relación al correcto desarrollo del procedimiento de selección del Secretario, constató, entre otros extremos:

- "Que,..., el CMC, por Decisión N° 30/05, adoptada el 08/12/2005, aprobó las Reglas de Procedimiento del Tribunal... Dichas Reglas de Procedimiento, que tienen la jerarquía y naturaleza de una 'Decisión' del CMC, disponen claramente que '*El Secretario será designado por el Consejo del Mercado Común, a propuesta del TPR*' (artículo 14).

- Sin embargo,..., dos días antes de la fecha de la mencionada Decisión, el GMC emitió la Resolución N° 66/05, cuyo artículo 2, establece que el TPR elaborará una terna de candidatos que deberá elevar a consideración del CMC.

- Que, como se observa, existe una evidente contradicción entre la Decisión del CMC (Reglas de Procedimiento) y la Resolución del GMC. La Decisión dada su jerarquía prevalece sobre la Resolución. Más aún, la Decisión en cuestión, que es de fecha 8 de diciembre de 2005, posterior a la Resolución, que data del 6 de diciembre de 2005. O sea que prevalece la Decisión por razón de rango y de fecha.

### *Tribunal Permanente de Revisión*

- Que, en suma, de la Decisión del CMC que aprueba las Reglas de Procedimiento del Tribunal se establece que el órgano que elige al Secretario es el Tribunal, el que luego debe someter su nombre al CMC para su designación formal. De esta manera, 'elección' y 'designación' del Secretario son dos actos que competen a dos órganos diferentes, el Tribunal y el CMC respectivamente. Por ello, la Resolución del GMC 66/05, al prever que el Tribunal debe elaborar una terna para su envío al CMC, alteró indebidamente el sistema de elección del Secretario, confiriendo al CMC las funciones de 'elección' y 'designación' y ello en detrimento de las competencias del Tribunal aprobadas por el propio CMC.
- Que en este contexto existe además un principio general de derecho que debe ser salvaguardado, a saber el principio de equilibrio institucional, según el cual cada órgano debe desempeñar sus competencias en el marco de las mismas, sin afectar o interferir en el ejercicio de las que correspondan a los demás órganos.
- Que, a su vez, es necesario resaltar que la falta de cumplimiento de las normas de vigencia en un concurso público, puede comprometer la responsabilidad del MERCOSUR como organismo internacional, frente a eventuales reclamos o impugnaciones judiciales que pudiera plantear cualquiera de los postulantes que participaron en el presente concurso.
- Que si bien es cierto que el sistema previsto en la Resolución GMC N° 66/05 figura en la Convocatoria a Concurso, no lo es menos que la atribución de elegir al Secretario por parte del Tribunal, y su posterior designación por el CMC, se encuentra consagrada en una Decisión del CMC, recordándose además que las bases de la Convocatoria no han sido aprobadas por ningún instrumento normativo del MERCOSUR.
- Que este Tribunal – en virtud de la Resolución GMC N° 66/05 – actuó en la elaboración de las bases para el Concurso. No obstante, es dable resaltar que el Tribunal advierte claramente ahora que el mecanismo de terna se halla en contravención con una norma superior, a saber la Decisión CMC N° 30/05, la cual, a pesar de lo mencionado continúa en vigor. Visto ello, resultaría jurídicamente desacertado convalidar esta diferencia normativa dando prevalencia al procedimiento previsto en la Resolución GMC N° 66/05. En virtud de ello, y ante la necesidad de que se mantenga la legalidad normativa pertinente, cabe concluir que lo previsto en las citadas bases en cuanto a la terna, al confrontar con la Decisión CMC N° 30/05, debe seguir la misma suerte que la Resolución GMC N° 66/05, esto es su inaplicabilidad. En otras palabras, al ser dichas bases derivación de una norma – la Resolución – contraria a una Decisión del CMC, devienen ellas sin virtualidad jurídica en cuanto a este punto. Concluir lo contrario, alteraría el orden jurídico del MERCOSUR.
- Que, por otro lado, al elaborar las bases referidas, el Tribunal previó que 'En caso de duda... sobre alguna situación particular, se estará a lo que estime el TPR al respecto. El TPR, resolverá en forma definitiva cualquier cuestión que se suscite en el marco del concurso' (punto II, literal 3º, del acta del TPR N° 01/06). En este sentido, está claro que ante la situación planteada (diferencia normativa entre una Decisión del CMC y una Resolución del GMC) configura, cuanto menos, una cuestión suscitada en el marco del concurso, la cual, como está establecido expresamente en el citado literal del acta, corresponde al Tribunal resolver en forma definitiva. Ante esa circunstancia incumbe

### *Tribunal Permanente de Revisión*

al Tribunal, como se señaló, reestablecer la legalidad del procedimiento en este punto particular.

- Que deviene oportuno reiterar que este procedimiento se trata de un concurso público internacional, y cualquiera de los candidatos afectados por no dar cumplimiento al derecho vigente, tendría el incuestionable derecho de impugnarlo judicialmente”.

(III) Que en virtud de todo ello, y en estricta aplicación del Derecho del MERCOSUR, el Tribunal decidió a través de la citada Resolución N° 1/2007: i) aprobar “las calificaciones en cuanto a los requisitos de postulación y la valoración de los antecedentes y méritos, así como las puntuaciones consiguientes, de los candidatos a Secretario del Tribunal, de acuerdo con la documentación oportunamente remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina” con el correspondiente “orden de prelación”, y ii) “someter a la designación del Consejo del Mercado Común como Secretario del Tribunal, al Dr. Alejandro Daniel Perotti, en atención a su calificación en cuanto a los requisitos de postulación y antecedentes y méritos, previstos en la Resolución GMC N° 66/05 (artículo 1) y en la Convocatoria a Concurso (literales II y IV), así como en razón de haber obtenido la máxima calificación entre los candidatos que han presentado sus antecedentes para el Concurso para Secretario del Tribunal”.

(IV) Que la citada Resolución N° 1/2007 fue notificada formal e inmediatamente por el Tribunal al CMC, a través del Señor Canciller del Paraguay Embajador Rubén Ramírez Lezcano, quien estaba en ejercicio de la Presidencia *Pro Tempore*.

(V) Que, a pesar de todo ello, el 28/06/2007, el CMC dictó su Decisión N° 36/07 (“Secretario del TPR”), a través de la cual – luego de expresar que el proceso de selección y designación del Secretario del Tribunal “deberá ajustarse a lo dispuesto en la Decisión CMC 30/05 y en la Resolución GMC 66/05, en particular su Artículo 2” – reitera que “En base a las normas citadas y a fin de cubrir el cargo de Secretario del TPR a partir del 1 de agosto de 2007, el TPR deberá componer la terna de candidatos a elevar al CMC conforme a la propuesta efectuada por la República Argentina en fecha 28 de mayo de 2007”, y que “El TPR deberá elevar la terna de candidatos a consideración del CMC antes del 15 de julio próximo...” (artículos 1 a 3). En la misma fecha, el CMC dejó registrado en su Acta N° 02/07 lo siguiente: “Con relación al ‘Llamado a concurso para la cubrir el cargo de Secretario del Tribunal Permanente de Revisión’, el CMC consideró el Acta N° 1/2007 y la Resolución N° 1/2007, remitida por el TPR a la PPTP el pasado 8 de junio de 2007, por la cual el mencionado Tribunal propone un candidato al CMC a efectos de su designación como Secretario”, reiterando a continuación los términos de la referida Decisión N° 36/07<sup>1</sup>.

(VI) Que en su Resolución N° 2/2007, por la máxima mayoría, el Tribunal – sin perjuicio de remitirse a las consideraciones y fundamentos vertidos en su Resolución N° 1/2007 – se halló en el deber institucional ineludible de realizar las siguientes apreciaciones:

<sup>1</sup>Adiciona el Acta: “Al respecto, el CMC adoptó la Decisión CMC N° 36/07 confirmando, en virtud de las facultades establecidas en el numeral VIII, artículo 8 del POP, que el proceso de selección y designación del Secretario del Tribunal Permanente de Revisión deberá ajustarse a lo dispuesto en la Decisión CMC N° 30/05 y en la Resolución GMC N° 66/05, en particular su Artículo 2. Asimismo, dicha Decisión dispone que el TPR eleve al CMC, antes del 15 de julio de 2007, una terna de candidatos en base a la propuesta de la República Argentina en su Nota 65/2007, del 28 de mayo de 2007, a efectos de que el CMC proceda a la designación del Secretario conforme lo dispuesto por el Artículo 6 de la Decisión CMC N° 20/02” (XXXIIIª Reunión del CMC, Asunción, 27 y 28 de junio de 2007, punto 12.14 del Acta)



43

### *Tribunal Permanente de Revisión*

- "Que el Tribunal constituye un órgano 'constitucional, fundamental y principal' del MERCOSUR, al haber sido creado por un Protocolo, como lo es el Protocolo de Olivos, norma de igual rango y aún posterior al Protocolo de Ouro Preto, que es el instrumento que institucionaliza al Consejo del Mercado Común (no obstante su original creación a través del Tratado de Asunción).

- Que el Tribunal, como todo órgano de justicia y según surge del citado Protocolo de Olivos, está dotado de la necesaria e imprescindible independencia de los Estados Partes y de los demás órganos del MERCOSUR, para tomar sus decisiones. En tal sentido, el señalado Protocolo terminantemente prescribe que los miembros del Tribunal **'deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados Partes'** (artículo 35, inciso 2), agregando en forma concordante el Reglamento del Protocolo de Olivos (Decisión CMC N° 37/03) que los miembros del Tribunal asumen el compromiso jurídico y moral de **'actuar y juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad y a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de los Estados Partes'** (artículo 32).

- Que, la Decisión N° 36/07 afecta la independencia del Tribunal, independencia reconocida - como se señaló - en el propio Protocolo de Olivos.

- Que, por otro lado, el Protocolo de Olivos en su 'Considerando', como función del Tribunal, establece la 'necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática', facultad que acuerda expresamente al Tribunal.

- Que los artículos 41 del Protocolo de Ouro Preto y 1, 34, inciso 1 y 39 del Protocolo de Olivos, son terminantemente claros al prever el orden de prelación de normas en el MERCOSUR:

1. El Tratado de Asunción, sus Protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
2. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus Protocolos;
3. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Que dicha jerarquía normativa no puede ser modificada ni desconocida por ningún órgano del MERCOSUR, siendo, como se dijo, obligación del Tribunal, como su primer deber, garantizar la observancia y aplicación del Derecho del MERCOSUR, lo cual implica el respeto a la prelación de sus normas.

- Que, para mayor claridad, se reitera que las Reglas de Procedimiento del Tribunal, aprobadas por el CMC por Decisión N° 30/05, disponen meridianamente que 'El Secretario será designado por el Consejo del Mercado Común, a **propuesta del TPR**' (artículo 14).

Que la Resolución GMC N° 66/05, aprobada con anterioridad a la Decisión N° 30/05, que prevé que el Secretario del Tribunal será designado por el Consejo del Mercado

### *Tribunal Permanente de Revisión*

Común 'a propuesta de una terna de candidatos realizada por el Tribunal' – tal como se señaló *ut supra* y en la Resolución N° 1/2007 del Tribunal – infringe lo establecido en la Decisión N° 30/05.

- Que la Decisión CMC N° 30/05, que aprueba las Reglas de Procedimiento del Tribunal, es posterior y además de rango superior a la mencionada Resolución GMC N° 66/05, dictada antes de la primera citada, por lo que la deroga, es decir la deja sin efecto, y esto por dos razones: a) por aplicación del principio de jerarquía de la norma (la norma de jerarquía superior prima sobre la de jerarquía inferior), y b) por aplicación del principio según el cual la ley posterior deroga a la anterior.

- Que por otra parte, la Decisión N° 36/07 del CMC, al desechar el tenor y la parte resolutive de la Resolución N° 1/2007 del Tribunal, evidentemente, desconoce la independencia del Tribunal prevista – como se señaló – en el Protocolo de Olivos, cuando dispone retroactivamente el procedimiento de designación del Secretario, razón por la cual ella no puede ser aplicada a la presente designación, sin que al mismo tiempo se quebrante dicha independencia, y el principio ya citado de irretroactividad lo cual socavaría las bases mismas de este Tribunal, el cual, por lo demás, se halla dotado de la clara potestad jurisdiccional para resolver definitivamente la cuestión suscitada.

- Que el Tribunal en virtud de las disposiciones legales vigentes al momento de la designación de su Secretario, procedió a elegir, por los fundamentos expuestos en su Resolución N° 1/2007, al Dr. Alejandro Perotti como Secretario del Tribunal. Por ello, y en virtud de todo lo anterior, corresponde en derecho, y así lo entiende el Tribunal, que el CMC designe al candidato electo propuesto por el Tribunal.

- Que no es ocioso recordar una vez más, que es fundamental para la marcha del proceso de integración el respeto a las instituciones por él creadas, pues de lo contrario ello provocaría un caos jurídico, en el cual cada órgano podría asumir el derecho, no otorgado, de adoptar decisiones contrarias a derecho. Más aún, ello tendría como consecuencia también el absoluto descrédito del MERCOSUR desde todo punto de vista ante la sociedad, lo cual debe ser evitado.

En este sentido, y de no respetarse a las instituciones mercosureñas creadas, en este caso al Tribunal y a su Resolución N° 1/2007, se atentaría contra la seguridad jurídica, un bien que debe ser rigurosamente tutelado por todo el MERCOSUR y en especial por el Tribunal.

- Que, por otro lado y dada las razones expuesta, el Tribunal debe ratificar el contenido de la Resolución N° 1/2007.

Que de no hacerlo así colocaría al Tribunal al margen de la legalidad y normatividad mercosureñas, abriendo así camino a la responsabilidad internacional e institucional del MERCOSUR para con el candidato ya propuesto por el Tribunal.

- Que, por las razones apuntadas, el acto decisorio contenido en la Resolución N° 1/2007 del Tribunal constituye un acto válido y perfecto, cuya aplicación y vigencia debe ser observadas por todos los órganos del MERCOSUR involucrados, so pena, se reitera, de poner en causa la responsabilidad internacional e institucional del bloque.

### *Tribunal Permanente de Revisión*

- Que la Decisión CMC N° 36/07 en causa, además de desautorizar al Tribunal y desconocer la normativa del MERCOSUR, en cuanto al procedimiento de elección de candidato único e insistir con la confección de una terna, incurre en una intromisión adicional en las funciones del Tribunal en la materia, la cual, debe ser rechazada *in limine*.

Que, en efecto, la recordada Decisión estipula que el Tribunal deberá realizar la terna de candidatos a elevar al CMC conforme a la propuesta efectuada por la República Argentina en fecha 28 de mayo de 2007. Por la citada Nota del 28 de mayo de 2007, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina remitió al Tribunal la lista completa de los candidatos que se presentaron en la Convocatoria a Concurso, con la documentación correspondiente; no obstante, en la nota de referencia se expresó que, en opinión de la Coordinación Nacional del GMC de la República Argentina, del total de candidatos, sólo cuatro – que la nota se ocupa de identificar perfectamente – cumplen los requisitos contenidos en las bases del concurso. En este sentido el Tribunal se ratifica en que ya ha procedido a proponer el candidato a Secretario, de conformidad con la normativa vigente.

- Que, más allá de la afectación de las competencias del Tribunal que dicho accionar provoca – lo cual es suficiente para su desestimación –, esta actitud resulta atentatoria de la institucionalidad e imparcialidad del Tribunal, ya que no sólo sus miembros deben ser independientes de los Estados Partes sino también sus funcionarios, entre ellos particularmente el Secretario. Por ello, la elección del Secretario por parte del Tribunal, en absoluto, puede estar sugerida y menos aún instruida o tan siquiera recomendada por uno o todos los Estados Partes. No debe olvidarse que el Secretario no constituye un funcionario que represente los intereses, o siga las instrucciones, de ninguno de los Estados Partes, sino que debe ejercitar su cargo con la más absoluta independencia.

- Que, para concluir, debe desestimarse anticipadamente un argumento vinculado a la relación entre Decisiones. En efecto, bien es cierto que la Decisión CMC N° 36/07 es posterior a la Decisión CMC N° 30/05 (Reglas de Procedimiento del Tribunal), por lo que – sólo *in arguendo* – podría interpretarse que tendría virtualidad jurídica para alterar la redacción de aquella (candidato único) y, en consecuencia, disponer de modo diferente (terna). Sin embargo, dicho argumento carece del más absoluto fundamento jurídico, dado que el concurso ha sido ya realizado y el Tribunal ha propuesto al candidato, por lo que la base legal y normativa mercosureña al respecto ha quedado ya inmodificable y jurídicamente petrificada.

Una elemental exigencia jurídica impide alterar las bases normativas de un concurso cuando el mismo ha sido ya realizado y se ha elegido al postulante ganador del mismo.

- Que, por todas las razones apuntadas, cabe reconocer que la Decisión N° 36/07 implica una norma que fija **nuevas pautas para la designación del Secretario**, lo cual, obviamente, no puede tener validez sino para futuras designaciones; esta Decisión sólo puede tener aplicación para cuando deba elegirse un nuevo Secretario, pero nunca para el presente supuesto.

### *Tribunal Permanente de Revisión*

Que no es otra la lectura que puede darse de la Decisión citada, ya que si bien el CMC tiene otorgado por el Protocolo de Ouro Preto la facultad de aclarar e interpretar sus propias Decisiones, ella siempre deben referirse a disposiciones vigentes, pero dicha prerrogativa no incluye, por ejemplo, el poder de revivir, por la vía interpretativa, una norma derogada por el propio CMC. Por ello debe concluirse que la Decisión N° 36/07 se trata de una nueva normativa, que regirá para la designación del próximo Secretario, ya que para el presente caso el Tribunal ya ha actuado de conformidad con las disposiciones del MERCOSUR vigente, procediendo a la elección del Secretario, y proponiendo su nombre, conforme a las mismas.

- Que el CMC no puede pretender que la citada Decisión N° 36/07 sea una norma aclaratoria de una anterior. Ello no es así por las razones expuestas. Pero aún si en la hipótesis negada se tratara de una aclaración o interpretación de la normativa, debe tenerse en cuenta que la interpretación es un proceso complejo, que necesariamente debe ser llevado a cabo sin que la norma original pierda su sentido, sin que ella lleve a conclusiones contrarias a la misma, sino que simplemente despeje dudas que pudieran existir y de hecho existen en toda norma jurídica. Por eso la interpretación denominada auténtica, emanada del propio legislador está considerada, unánimemente por la doctrina, como una nueva norma.

En este caso, la Decisión N° 36/07 es una nueva Decisión **que nunca podrá tener efecto retroactivo**, y que por lo tanto es una nueva norma de aplicación para el futuro. Es en la próxima selección del Secretario, cuando deberán aplicarse las normas de selección impuestas por la nueva Decisión del CMC.

Bajo toda circunstancia, cabe recordar aquí, que es un hecho incontrovertible que es a los Jueces a quienes queda reservada la interpretación final de la norma al aplicarla al caso concreto, lo cual, por lo demás, surge claramente del espíritu y la letra del Protocolo de Olivos.

- Que, por otra parte, si es verdadero el interés en que el proceso de integración avance y se consolide realmente, es necesario que se base en un sistema de solución de controversias serio y responsable, para lo cual lo más importante debería ser respetar y dar fuerza a su Tribunal, encargado de ellas, lo cual incluye, obviamente, el respeto de sus decisiones y resoluciones.

- Que de aceptarse este precedente, el CMC en cualquier momento podría decidir no cumplir las decisiones y resoluciones emanadas del Tribunal, esgrimiendo normas interpretativas, las que por su propia naturaleza deben ser de carácter restrictivo, y muy cuidadosamente elaboradas por las razones apuntadas *ut supra*.

- Pero hay aún algo más grave en la Decisión N° 36/07 citada, ya que ésta "ordena" al TPR al cumplimiento de una norma no vigente, lo cual merece una reflexión por parte de este Tribunal. En este sentido, el Tribunal entiende que no es un órgano subordinado al CMC, porque si así fuera, su institucionalización no tendría sentido alguno, pues tendría que limitarse al cumplimiento de las disposiciones emanadas del citado órgano, y dejaría de cumplir los fines para los cuáles fuera creado por el Protocolo de Olivos.

## *Tribunal Permanente de Revisión*

- Que las aristas que ha tomado el presente concurso hacen peligrar la responsabilidad internacional e institucional del MERCOSUR como organismo internacional, por lo cual, cabe reiterar, no es ajeno al CMC – como ya fue señalado en la Resolución N° 1/2007 – que cualquier inobservancia o falta de cumplimiento de las normas vigentes en este concurso público, al comprometer dicha responsabilidad internacional, puede dar lugar a eventuales reclamos o impugnaciones judiciales que pudiera plantear cualquiera de los postulantes que participaron en el mismo, más aún el candidato electo y designado por el Tribunal. En este contexto, podrían plantearse contra el MERCOSUR cuestiones atinentes al respecto de los derechos humanos – respeto que viene impuesto, cabe recordar, por las Constituciones Nacionales de los cuatro Estados Partes.

- Que, como ya fuera mencionado en la primera Opinión Consultiva, cabe al Tribunal, llegado el caso, inaplicar las normas derivadas cuando las mismas se presenten incompatibles con disposiciones del Derecho del MERCOSUR originario<sup>2</sup> doctrina que cabe aplicar asimismo a los supuestos de contrariedades entre normas del derecho derivado de distinta jerarquía, como ocurre en el presente caso.

- Que atento a todo lo anterior, ratificando el contenido íntegro de la Resolución N° 1/2007, el Tribunal, en estricto apego al ordenamiento vigente, considera imprescindible que, de conformidad con los términos de la presente Resolución, el Consejo del Mercado Común proceda a designar al candidato a Secretario oportunamente propuesto por el Tribunal a través de dicha Resolución N° 1/2007” (todos los destacados son del original).

(VII) Que la extensa transcripción de las Resoluciones N° 1/2007 y 2/2007 se justifica ampliamente dada la gravedad e implicancia de la situación que se describirá a continuación.

(VIII) Que por Nota N° 756/2007, de 13 de septiembre de 2007, el Señor Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, Don Reinaldo Gargano, en ejercicio de la Presidencia *Pro Tempore*, se dirigió al Presidente del Tribunal.

En dicha Nota, el Señor Ministro hizo referencia, en primer lugar y con cita del Protocolo de Ouro Preto, a la circunstancia de que el CMC es el órgano superior del bloque al cual le asisten determinadas funciones de conducción y administración del proceso de integración, y luego, con remisión al Protocolo de Olivos, a las competencias en materia de solución de controversias que le son asignadas al Tribunal, así como a las atribuciones del CMC en materia reglamentaria del citado Protocolo.

“En este contexto – agrega la Nota –, el acto de designación del Secretario del Tribunal Permanente de Revisión, en ejercicio de la función administrativa, es competencia del Consejo del Mercado Común. La Decisión N° 36/07 en modo alguno afecta el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal Permanente de Revisión, ni la independencia e imparcialidad de sus miembros. Por el contrario, refiere a una cuestión de naturaleza

<sup>2</sup>TPR, Opinión Consultiva, de 3 de abril de 2007, Norte/Laboratorios Northia, asunto TPR-1/07, BOM N° 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/> (ver votos del miembro coordinador Fernández de Brix, considerandos G y H, del miembro Nicolás Becerra, considerando E que remite a la parte pertinente del voto del miembro Olivera García, y del miembro Olivera García, considerando E-46; así también voto del miembro Moreno Ruffinelli, parte resolutive 4.2).



### *Tribunal Permanente de Revisión*

administrativa derivada de las normas emanadas del propio Consejo del Mercado Común relativas al cargo de Secretario del mencionado Tribunal".

La Nota culmina adicionando que, "En atención a lo expresado y a fin de que el Consejo del Mercado Común provea dicho cargo, se requiere a ese Tribunal el envío en el menor plazo posible de la propuesta conteniendo la correspondiente terna de candidatos de conformidad con la Decisión N° 36/07".

(IX) No puede dejar de señalarse, para comenzar, que la situación creada por la elección y designación del Secretario del Tribunal, a esta altura de los acontecimientos, ha alcanzado ya el nivel de un verdadero "escándalo institucional", que, en relación a este órgano, puede observarse como un innegable avasallamiento a sus competencias.

No es ocioso recordar que en **dos oportunidades** este Tribunal, por la máxima mayoría posible (cuatro votos a favor y uno en contra) ha declarado, **y ratifica ello por la presente**, que según las normas del MERCOSUR corresponde a este Tribunal la elección del Secretario, a través de **nominación única**; su elevación al CMC, y la designación por este último. **Todo ello ha sido rechazado**, implícita o explícitamente, **por el CMC**, en primer lugar a través de su Decisión N° 36/07, y en esta ocasión, a través de la Nota del Señor Canciller en ejercicio de la Presidencia *Pro Tempore*.

(X) Que, a pesar de que la Nota rechaza la acusación del Tribunal sobre la violación de su independencia e imparcialidad que denotan los actos del CMC mencionados, es evidente que la misma no hace más que confirmar dicha transgresión institucional.

En efecto, la mera alegación de que el acto de designación del Secretario del Tribunal constituya "una cuestión de naturaleza administrativa derivada de las normas emanadas del propio Consejo del Mercado Común" no elimina ni minimiza el hecho de que el Consejo se halla incurrido en franca afectación de la independencia e imparcialidad del Tribunal, puesto que sus actos tiene como finalidad imponer el Secretario al Tribunal – lo cual a la altura de los hechos resulta manifiesto e incontestable – y, más aún, que dicho Secretario sea electo a partir de las preferencias planteadas por un Estado Parte. Todo esto, sin dudas, no puede ser visto sino como un avasallamiento contra el Tribunal, actitud que – según la Nota – tiene lugar en el marco de una cuestión administrativa, lo cual evidentemente no merma su carácter reprochable.

(XI) Que, por otro lado, la Nota parece traducir la idea de que el ejercicio de funciones administrativas, en tanto no constituyan atribuciones jurisdiccionales, escapan a la competencia del Tribunal y resultan del exclusivo resorte del CMC.

Tal razonamiento no resulta acertado. En primer lugar, porque no existe ninguna norma que establezca tal división de funciones entre dos órganos constitucionales y autónomos, como lo son el Tribunal y el CMC.

En segundo término, no resulta ajustado al Derecho del MERCOSUR argumentar que todas las funciones administrativas se encuentran en cabeza del CMC y que el Tribunal carece de atribuciones en tal sentido o, lo que es lo mismo, que el Tribunal sólo tiene funciones jurisdiccionales y no administrativas. En efecto, del propio tenor del PO y de su Reglamento se desprende que, si bien es cierto que las funciones principales del Tribunal son de naturaleza jurisdiccional, en absoluto lo es menos que este órgano no tenga también

### *Tribunal Permanente de Revisión*

asignadas, aunque en menor medida, tareas de carácter administrativo – las cuales, por cierto, resultan implícitas a cualquier órgano independientemente de su naturaleza – y hasta de estatus cuasilegislativo (cf. respecto de estas últimas, artículo 51 del PO, sobre Reglas de Procedimiento).

Entre las funciones administrativas del Tribunal figuran, en cuanto al derecho originario, aquellas que ejercerá a través de la Secretaría de conformidad con el artículo 5 del "Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR"<sup>3</sup> – una vez que entre en vigor –, y, en cuanto al derecho derivado, entre muchas, aquellas que se derivan de los artículos 6, inciso 3, 8, 35, incisos 2 (a través de su Secretaría) y 4 y 55 del Reglamento del Protocolo de Olivos (Decisión CMC N° 37/03), y 2, inciso 2, 7, último párrafo, 8 (a través de su Presidente), 12, 14, párrafo tercero y 17 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal (Decisión CMC N° 30/05).

En resumen, la naturaleza administrativa de una función no la hace, automáticamente, del ejercicio exclusivo del CMC sino que otros órganos del MERCOSUR, en este caso el Tribunal, pueden asimismo cumplir funciones de tal índole. El Derecho del MERCOSUR claramente atribuye al Tribunal atribuciones de contenido administrativo, además de las cuasilegislativas y las jurisdiccionales, éstas últimas las principales en el quehacer del Tribunal.

(XII) Que, tal como ya lo reiteró el Tribunal en sus Resoluciones N° 1/2007 y 2/2007, el procedimiento selectivo del Secretario del Tribunal constituye un trámite complejo, en el cual, según la división de funciones establecida por las normas del MERCOSUR (en especial, Decisión CMC N° 30/05 y Resolución GMC N° 66/05), la **elección** corresponde exclusivamente al **Tribunal** y la **designación** sólo al **CMC**. A su vez, tal como lo ratificó el Tribunal en su Resolución N° 2/2007, al menos en el presente proceso selectivo las normas mercosureñas **exigen la elaboración de una nominación única** – la del candidato que obtuvo el mayor puntaje en el concurso público internacional – y no la confección de una terna de candidatos, ya que ello acarrea una violación manifiesta e incontestable del ordenamiento jurídico aplicable, accionar que este Tribunal, definitivamente, no puede acompañar ni convalidar; finalidad ésta que provoca la presente decisión. Mucho menos posible aun, una terna que sea estructurada de entre los candidatos que han ocupado el tercero, cuarto, sexto y octavo lugar respectivamente en la puntuación, como así lo pretende la Decisión 36/07.

Que en virtud de esta competencia compartida entre ambos órganos, el Tribunal cumplió con su rol en el mismo y procedió a elegir a su Secretario y lo elevó para su designación al CMC – con la presente, **por tercera vez** –, sin embargo, a la fecha, el CMC no sólo ha omitido ejecutar su obligación institucional – de designar al Secretario electo – evitando que el Tribunal pueda contar con un funcionario clave en su consolidación como órgano del MERCOSUR, sino que más aún, ha intentado, a través de normas ya declaradas inaplicables por el Tribunal y ahora mediante notas de la Presidencia *Pro Tempore*, ejercer presión sobre este órgano y torcer la voluntad ya expresada en dos Resoluciones que han adquirido firmeza jurídica.

<sup>3</sup>Protocolo Modificadorio, artículo 5 "Las funciones atribuidas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR por el Protocolo de Olivos en los Capítulos VI a IX y XII, con excepción de la comunicación al Grupo Mercado Común a que se refiere el artículo 45, pasarán a ser cumplidas por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión".

### *Tribunal Permanente de Revisión*

(XIII) Que la Nota parece incurrir en una contradicción. En efecto, si bien por un lado reconoce que cabe al Tribunal ejercer, especialmente, funciones jurisdiccionales, por el otro desconoce el ejercicio de tales atribuciones.

En este sentido, el Tribunal ya ha ejercido en dos oportunidades – Resoluciones N° 1/2007 y 2/2007 citadas – su principal función jurisdiccional, cual es la de interpretar las normas del MERCOSUR aplicables, es decir determinar su sentido y alcance con carácter auténtico, dado su rol de órgano supremo en la dilucidación de la hermenéutica que cabe otorgar a la normativa mercosureña.

Si bien el CMC, según el propio POP, es el órgano superior a quien le corresponden el ejercicio de funciones políticas y de decisión, según el PO cabe el Tribunal determinar con carácter definitivo la interpretación de las normas del MERCOSUR.

Por otro lado, el ejercicio de cualquier clase de atribuciones – sean políticas, de decisión, de ejecución, administrativas, legislativas, etc. – debe ser realizado observando y respetando el derecho vigente, dado que lo contrario implicaría reconocer la “suma del poder público regional” en manos de un único órgano, lo cual es absolutamente incompatible con la letra, el espíritu y el sistema trazados por los tratados constitutivos del MERCOSUR, y además viola el Estado de Derecho dentro del proceso de integración.

(XIV) Que, en ejercicios de las funciones jurisdiccionales referidas en el considerando anterior, el Tribunal declaró con fuerza de autoridad – en sus Resoluciones N° 1/2007 y 2/2007 – que las normas del MERCOSUR imponen al Tribunal que la elección del Secretario – tal como ha ocurrido en el presente caso – sea realizada a partir de un concurso público internacional; que el Secretario elegido – como también aconteció en la especie – debe ser el candidato que ha obtenido el más alto puntaje de antecedentes y méritos en el citado concurso; que una vez electo por el Tribunal, el Secretario debe ser sometido a la designación del CMC, y que en observancia de la voluntad institucional del Tribunal el CMC debe proceder a la designación del Secretario así electo.

(XV) Que tanto en su Decisión N° 36/07 como a través de su presente Nota, el CMC claramente se encuentra interfiriendo, de manera antijurídica, en las atribuciones del Tribunal, afectando su independencia y autonomía, al pretender no sólo imponer a este órgano determinados candidatos sino obligarlo a que convalide, por propia autoridad, una violación clara y manifiesta a las normas del MERCOSUR.

(XVI) Que esta actitud del CMC, que de por sí se rechaza, tiene un elemento adicional que multiplica aún más su absoluta contradicción con las normas mercosureñas y con el Estado de Derecho regional.

En efecto, tanto en su Decisión N° 36/07 como en su presente Nota, el CMC pretende no sólo que el Tribunal elabore un terna de candidatos – lo cual ya se dijo contradice el ordenamiento jurídico regional – sino que además **le exige que la confección de la terna sea realizada en base a cuatro candidatos identificados por la República Argentina** en su Nota del 28 de mayo de 2007, firmada por el Señor Coordinador Nacional en el Grupo Mercado Común, Embajador Alfredo Chiaradia. Se reitera que los cuatro candidatos identificados por la República Argentina han ocupado el tercero, cuarto, sexto y octavo lugar respectivamente en la puntuación.