

LA “CLÁUSULA AMBIENTAL” EN EL MERCOSUR¹

Zlata Drnas de Clément*

INTRODUCCIÓN

La “cláusula ambiental” ha sido considerada por los tribunales mercosureños en dos cuestiones temáticas (prohibición de importación de neumáticos remoldeados y obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios), tratadas en tres reclamaciones (Uruguay contra Brasil, Argentina contra Brasil, Uruguay contra Argentina) y cinco laudos (Laudos VI y VII de Tribunal Arbitral *ad hoc* (TAH) pronunciados bajo el sistema del Protocolo de Brasilia, Laudo I de TAH pronunciado bajo el sistema del Protocolo de Olivos, Laudo I/2005 del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) que revocó el Laudo I de TAH citado en último término y Laudo 1/2008 del TPR, en el mismo asunto).

El conjunto de pronunciamientos de los tribunales mercosureños no permite extraer de ellos conclusiones con valor de precedente jurisprudencial. Las consideraciones de los tribunales en los distintos laudos han mostrado excesivo apego a la traspolación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sin tomar en cuenta las diferencias sustanciales que existen entre la *naturaleza* de los sistemas mercosureño y comunitarios europeo y andino, como tampoco la distinción de *roles* que corresponden a un tribunal jurisdiccional órgano del sistema (como es el caso de los tribunales europeo y andino) y un simple tribunal arbitral (como es el caso del mercosureño). En el apremio por encontrar sustento en la jurisprudencia de sistemas comunitarios más avanzados, frecuentemente, *han desconocido la normativa mercosureña* propiamente dicha, identificando erróneamente sus preceptos con los europeos o andinos, inclusive, sin efectuar consideración alguna en torno a las diferencias de enunciación normativa.

En todas las situaciones -salvo la del Laudo revocado- la invocación de la *cláusula ambiental* ha sido rechazada por los tribunales del MERCOSUR, por considerar que la misma, contemplada en el art. 50 del Tratado de Montevideo, constituye una *excepción al principio de libre comercio*, de similar tenor a las contenidas en el sistema comunitario europeo, el sistema andino y el del GATT/OMC.

En esta presentación haremos una breve reflexión sobre la naturaleza del MERCOSUR (I), la naturaleza de los tribunales arbitrales (II), la normativa mercosureña vinculada a la cláusula ambiental y el tratamiento dado a la misma por los tribunales mercosureños (III).

¹* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro titular de la AADI.

Trabajo presentado en calidad de Ponencia en el *XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Enrique Ferrer Vieyra"*, Córdoba 1 a 3 de octubre de 2009.

I.-Naturaleza del MERCOSUR

El MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR), constituido en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), es una organización de *carácter intergubernamental*², con *vocación de integración* pero aún de naturaleza cooperativa, ya que los Estados Parte (EP) no han delegado en instituciones centrales ninguna de sus competencias soberanas, debiendo lograrse el acuerdo de todos los representantes de los Estados Parte para adoptar una disposición normativa en los órganos del sistema, dispositivos que en su mayor parte deben ser internalizados en el derecho interno de los países integrantes del sistema³.

El MERCOSUR, hoy, tras diecisiete años de funcionamiento del sistema, continúa lejos de su objetivo inicial: alcanzar el mercado común entre los países del Cono Sur Latinoamericano partes en el TA, constituyendo a la fecha una unión aduanera incompleta⁴, en etapa provisional de su proceso de integración.

Ante requerimientos de profundización institucional del proceso de integración prevenientes tanto desde ámbitos internos como externos, han aparecido manifestaciones de un mayor grado de compromiso integrador pero aún débiles como para modificar la naturaleza del sistema. Entre esas manifestaciones se cuentan los cambios efectuados en materia de solución de controversias, en particular, la creación de un *Tribunal Permanente de Revisión*⁵.

La naturaleza del MERCOSUR se diferencia de la comunitaria europea en tanto esta última se basa en un orden jurídico propio, distinto del internacional, ya que, a pesar de tener su origen en tratados entre Estados, el sistema ha sido ampliamente desarrollado por instituciones comunitarias con competencias normativas generadoras de derecho derivado, integrado en el derecho de los Estados miembros (EM) (ordenamiento *sui generis*). En menor grado de intensidad, la Comunidad

2

El MERCOSUR tiene su origen en el Tratado de Asunción de 1991. Estados Parte: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay; Estados asociados: Chile, Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú, Venezuela; Estado observador: México).

3

Sólo el 50 % de las disposiciones normativas adoptadas en el seno de los órganos del MERCOSUR ha sido incorporado al derecho de los Estados Parte.

4

Ha alcanzado la unión aduanera en un 85%. Aún debate los niveles definitivos del arancel externo común. En la Cumbre de Montevideo de 2003, el Consejo Mercado Común (CMC) decidió extender las excepciones sectoriales y universales hasta el 31 de diciembre de 2010. El 15 % de las posiciones aduaneras, que incluye sectores altamente sensibles para los Estados Parte del MERCOSUR (vg. industria automotriz, azúcar) no está en el programa. V. PREUSSE, H. G. "Unión Europea y Regionalismo Mundial", en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Coord.), HUMMER, W. (Ed.) *MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA*, Segundas Jornadas Científicas de EULATIN II, Programa ALFA II de la Comisión de las Comunidades Europeas, Edit. Lerner, Córdoba, 2008, p. 85.

5

Entre otras manifestaciones de profundización del proceso de integración se cuentan: la constitución en 2003 de la Comisión de Representantes Permanentes (sin embargo, la Comisión es mero portavoz del Consejo Mercado Común y de la Presidencia *Pro Tempore*); la transformación en 2003 de la Secretaría Administrativa en Técnica; la creación en 2005 del Parlamento del MERCOSUR (sin facultades decisorias), la conformación en 2006 del Fondo de Convergencia Estructural/FOCEM. A pesar de ello, la intergubernamentalidad sigue siendo el motor del proceso. (V. nuestro trabajo "Presente y futuro de las relaciones UE-MERCOSUR", en *Libro Homenaje al Prof. P. Borba Casela*, Universidad de Sao Paulo, 2007, pp. 472 y ss.).

Andina refleja un ordenamiento similar. Tal como lo señaláramos con anterioridad, el proceso del MERCOSUR no ha salido aún del estadio de la intergubernamentalidad.

II.- Naturaleza de los Tribunales del MERCOSUR⁶

Los tribunales del MERCOSUR son tribunales arbitrales que se han regido por el *Protocolo de Brasilia (PB) (1999)* y se rigen en la actualidad por el *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias (PO) (2002)*.

Debe tenerse presente que el arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley. La competencia de los árbitros depende de las atribuciones que las partes le confieren al consentir la jurisdicción. Ello a tal punto que si el tribunal no se atiene a la competencia atribuida, acarreará la nulidad de la sentencia o laudo. Ello ha llevado a afirmar que, genéticamente, el arbitraje es una institución del derecho internacional convencional en tanto *sin acuerdo no hay arbitraje*.

La aceptación de la jurisdicción y determinación de la competencia del tribunal puede manifestarse, como lo ha hecho en el PB y lo hace en el PO, a través de un acuerdo general por el que los Estados convienen someter al arbitraje todas las controversias de determinada categoría, que surjan entre ellos en el futuro y no puedan resolverse por negociaciones directas (también conocido como “arbitraje institucional”)⁷. Se trata de un compromiso asumido en abstracto. En este tipo de arbitraje la intervención del árbitro o de los árbitros, de conformidad a lo acordado por las partes, está asegurada en tanto que un miembro del tribunal (o más) no puede ser excluido o ser paralizado el proceso por la resistencia de una de las Partes o un desacuerdo entre los contendientes. Es decir, se trata de un procedimiento obligatorio, accionable automáticamente, “*de oficio*”, previendo el sistema modos de superar eventuales escollos.

En el caso del TPR del MERCOSUR, el hecho de que el tratado general no contemple la necesidad de celebrar un compromiso para la constitución del órgano arbitral por estar éste designado de antemano, la modalidad arbitral se puede considerar una transición a la solución judicial, pero sólo por la modalidad de constitución, no por las facultades institucionales del órgano arbitral.

Las principales críticas que se han hecho a los tribunales arbitrales -para diferenciarlos del sistema judicial- es que los tribunales arbitrales no tienen suficiente autoridad, en tanto son órganos de las Partes, surgidos de su propia elección, y generalmente, sufragados por ellas. Además, en algunos casos, como el de los tribunales *ad hoc*, carecen de continuidad, siendo constituidos para cada diferendo en particular. En el caso de los tribunales permanentes, se les reprocha la breve duración de los mandatos de los árbitros del tribunal, a más de que, frecuentemente, no sesionan en plenario. La modalidad intermedia entre el arbitraje y el sistema judicial ha sido denominada

6

Con relación a la naturaleza del MERCOSUR y de los tribunales arbitrales seguimos lo desarrollado en un trabajo anterior “Arbitraje y procesos de integración económica regional: la experiencia en el MERCOSUR”, Relato expuesto en XXV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Villa General Belgrano-Córdoba-Argentina, 22 a 26 de septiembre de 2008), en *Anuario del IHLADI (2008)*, Vol. 19, El Escorial-Madrid, 2009.

7

El término “arbitraje institucional” fue utilizado por primera vez por Lammasch. (Cf. MAKOWSKI, J. “L’Organisation actuelle de l’arbitrage international”, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 1931-II p. 297).

también *arbitraje integral*, en tanto busca constituir una organización que funcione de modo estable similar al sistema judicial (tribunal estable a disposición de las partes de modo permanente). Reiteramos que esa similitud sólo se da por la permanencia y disponibilidad y no por las facultades sustantivas y procesales de las que se los inviste.

Todas las formas de solución pacífica de los diferendos internacionales -salvo el procedimiento judicial- proceden por *filiación directa, de las negociaciones diplomáticas*. Ese tipo de negociaciones constituyen la etapa necesaria de cualquier procedimiento pacífico de solución de controversias arbitral. La gran mayoría de los tratados de conciliación y arbitraje -al igual que lo hace el PO y lo hiciera el PB- sólo someten al arbitraje los litigios o conflictos que no han podido ser resueltos, en un plazo razonable, por los procedimientos diplomáticos ordinarios, siendo la etapa de negociaciones directas (y, en algunos casos, institucionales⁸) no obvia. Recién cuando no ha podido solucionarse un diferendo en las negociaciones directas o institucionales se acude a los tribunales arbitrales.

Debe tenerse presente que la *función* del tribunal arbitral (incluso el “arbitraje integral”) no es la de “*decir el derecho*” (como lo hacen los tribunales judiciales) sino “*pronunciarse sobre la legalidad-legitimidad de las pretensiones de los contendientes*” conforme al derecho establecido por las partes. En tal sentido, el art. 34 del PO -al igual que lo hiciera el art. 19 del PB- expresamente establece:

Art. 34. 1. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirá la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia (...). (El resaltado nos pertenece).

De modo muy diferente, el pilar comunitario de la Unión Europea⁹ ya desde la constitución de la primera de sus comunidades (*Comunidad Económica del Carbón y del Acero/CECA*) ha creado el *Tribunal de Justicia* para la solución de las controversias comunitarias (Art. 31 del Tratado de la CECA). Lo mismo ha sucedido en la *Comunidad Económica Europea/CEE* (Art. 164 del Tratado de la CEE) y en la *Comunidad Europea de Energía Atómica/CEEA* (Art. 136 del Tratado de la CEEA). Los tres tribunales se fusionaron en uno tras la Convención sobre instituciones comunes de 25 de marzo de 1957. El *Tribunal de Justicia* fue establecido como *órgano comunitario* responsable de asegurar el *respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados*. Es el *intérprete supremo del Derecho comunitario*¹⁰. Es *garante de la legalidad, de la constitucionalidad comunitaria*, tiene funciones revisoras y emplea tanto técnicas características de juez constitucional¹¹ como de juez contencioso administrativo. Es órgano del

⁸

Vg. ante el grupo Mercado Común, de conformidad al PB.

⁹

Basado en los tratados de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero /TCECA (1951-expirado en 2002), de la Comunidad Económica Europea (1957-hoy designado Tratado de la Comunidad Europea /TCE) y de la Comunidad Europea de Energía Atómica /TCEEA (1957).

¹⁰

Si bien, no exclusivo, en tanto comparte la labor con los órganos jurisdiccionales nacionales.

¹¹

Sólo ejemplificativamente recordamos el rol del Tribunal en la construcción del principio de *eficacia directa de las normas comunitarias* y la posibilidad de los ciudadanos de invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales el Derecho comunitario, establecido por primera vez por el Tribunal de Justicia en

sistema. Ello, le ha permitido ser un *decisivo impulsor del fortalecimiento y desarrollo del derecho comunitario*¹².

Si bien el sistema europeo prevé el *arbitraje*, no lo hace en el contexto del proceso de integración como tal. El arbitraje / cláusula compromisoria está contemplado en los arts. 238 y 239 del TCE para los casos -tanto de derecho público como derecho privado- en los que la Comunidad es parte en acuerdos celebrados por ella o por cuenta de ella y en aquellas controversias entre Estados miembros relacionadas con el objeto del TCE (acuerdos celebrados en virtud del art. 239). En esos casos *el TJCE actúa como árbitro*. También puede hacerlo en base a cláusula compromisoria contenida en los Acuerdos de Asociación (vg. CEE-Grecia y CEE-Turquía). En ausencia de normativa comunitaria, los Estados miembros pueden acudir a los medios de solución que prefieran (entre ellos el arbitraje). En algunos casos, la propia normativa comunitaria contempla

el asunto *Van Gend & Loos (1963)*. Los Gobiernos intervinientes en el proceso (holandés, belga y alemán) sostuvieron que el silencio del TCEE en la materia revelaba la voluntad de los Estados en no conferir esa eficacia directa. El **Tribunal**, basándose en la constitución de un *nuevo ordenamiento jurídico asentado en la cesión de soberanía por los Estados en favor de la Comunidad*, entendió que el Art. 12 del TCEE producía efecto directo y creaba derechos individuales que los tribunales nacionales debían proteger. Los Tribunales del MERCOSUR se tomaron idéntica facultad pero sin contar “con un nuevo ordenamiento jurídico asentado en la cesión de soberanía por los Estados a favor de la Comunidad”. También lo hicieron sin que los tribunales arbitrales fueran órgano del sistema, ni siquiera órgano de una entidad de mera cooperación.

12

Entendemos que las Comunidades europeas han podido tener desde su nacimiento instituciones fuertes, de “high integration”, debido a la facilidad con que se pudo obviar la segura resistencia alemana a un proceso integrador con Francia y otros antiguos enemigos políticos, gracias a que al momento de la suscripción y entrada en vigor del Tratado de la CECA, Alemania aún era territorio ocupado por los Aliados (el Estatuto de Ocupación en la República Federal de Alemania fue abolido recién en 1955). Circunstancias de ese tipo no se dieron nunca en el MERCOSUR. De allí la dificultad de alcanzar la constitución de un tribunal de justicia órgano del proceso, si bien en estos últimos tiempos, la temática ha vuelto a la arena del diálogo en el MERCOSUR y de las discusiones entre los Estados Parte. Entre las competencias del TJCE se hallan: -**COMPETENCIA CONTENCIOSA**: a) *recurso de anulación* mediante el cual se realiza el control de legalidad de los actos comunitarios de derecho derivado a la luz del derecho constitucional comunitario. El recurso está abierto a los Estados miembros (EM), a los órganos comunitarios, a los particulares. Demandantes preferenciales son los órganos comunitarios junto a los EM ya que el particular sólo puede accionar si demuestra que ha sido afectado directa e individualmente; b) *recurso de omisión o en carencia* (idénticos reclamantes que en el punto anterior) en caso de que alguna institución comunitaria no hubiese adoptado actos que debió haber adoptado; c) *excepción de ilegalidad* (Art. 230); d) *recurso por responsabilidad extracontractual* (288. 2 TCE) permite a los particulares reclamar indemnización a la comunidad cuando los órganos o sus agentes les hayan producido daño; e-i) *recurso de incumplimiento de los EM*. La Comisión, actuando en función similar a la del Ministerio Fiscal, recibe denuncias de EM o particulares por incumplimiento del derecho comunitario por algún EM. Consta de una fase pre-contenciosa de carácter político administrativo en la que entabla contacto con el Estado presunto infractor, el que puede explicar su posición o desistir de ella. La Comisión emite un dictamen motivado. Si la Comisión cree que el EM no ha dado satisfacción a lo reclamado, abre una fase contenciosa ante Tribunal; e-ii) *recurso de incumplimiento* de un Estado contra otro, si bien, el precontencioso es llevado adelante también por la Comisión. Se han dado pocos casos ya que los Estados prefieren evitar confrontar de modo directo con sus socios. En ambos casos de este inc. e), la sentencia es meramente declarativa. Sin embargo, el Tratado de Maastricht permite al TJCE a instancia de la Comisión, imponer al incumplidor de la sentencia el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva (lo que ya existía en el 88 del T CECA); - **COMPETENCIA CONSULTIVA**: El Consejo, la Comisión o un EM pueden solicitar al Tribunal un dictamen sobre la compatibilidad con las disposiciones del TCE de cualquier acuerdo que se celebre entre la CE y terceros Estados; -**INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL**: de competencia exclusiva del TJCE. El procedimiento ya fue contemplado en la CECA, basado en la cooperación entre jueces nacionales y comunitarios. El TJCE se convierte en el intérprete final del Derecho Comunitario, siendo su principal rol, la interpretación uniforme y, consecuentemente, su aplicación idéntica por los tribunales en el ámbito interno de los Estados. Puede

esa posibilidad¹³. Están *excluidas del arbitraje* las materias que los Tratados atribuyen al TJCE o al Tribunal de Primera Instancia¹⁴.

Por su parte, el sistema de solución de controversias de la *Comunidad Andina de Naciones* se halla influenciado por el modelo europeo. El Tratado de Cartagena de Indias de 1979 creó el *Tribunal de Justicia* (en vigor en 1983), constituyendo la *primera experiencia latinoamericana en dotar al derecho integración de una instancia jurisdiccional e interpretativa*¹⁵. Estaba investido de la facultad de controlar la legalidad de las normas comunitarias (acción de nulidad) e interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, para asegurar la aplicación uniforme de éstas en el territorio de los países miembros y dirimir las controversias. El Tratado fue modificado por el Protocolo de Cochabamba de 1996 (en vigor en 1999). Mediante este Protocolo el Tribunal adquirió nuevas competencias, entre ellas, la actuación en recursos por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral. Su nuevo Estatuto, que actualiza y precisa los procedimientos que se desarrollan ante el Tribunal, fue aprobado el 22 de junio del 2001 por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores¹⁶. El *Tribunal es órgano principal de Acuerdo, de carácter supranacional y comunitario instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los PM*. Sin embargo, no tiene

solicitarla el juez nacional. Los jueces de última instancia en un litigio interno no sólo tienen la facultad de solicitar la interpretación prejudicial sino el deber (salvo reiterada jurisprudencia). En el derecho interno el juez debe fallar conforme lo dispuesto por el TJCE. Este procedimiento ha permitido una jurisprudencia innovadora, que en su momento, declaró el efecto directo de las normas comunitarias que contienen obligaciones claras e incondicionales (no dependiendo de condición o actuación de un órgano comunitario). Ese efecto se extendió incluso a las Directivas (las que por su esencia no tienen efecto directo). De este procedimiento surgieron las más destacadas sentencias impulsoras del proceso integracionista europeo: *Van Gend & Loos* (5 de febrero de 1963); *Costa vs. ENEL* (15 de julio de 1964); *Simmmenthal* (9 de marzo de 1978); *Cassis de Dijon* (20 de febrero de 1979); *Factortame I* (19 de junio de 1990), etc. En 1989 se sumó a la estructura del Tribunal de Justicia el Tribunal de Primera Instancia creado inicialmente para descargar el trabajo del Tribunal de Justicia en materia de contencioso de función pública europea, ampliando progresivamente su jurisdicción, atendiendo los recursos de particulares frente a la actividad de las Instituciones europeas (sometida esta jurisdicción a la casación del Tribunal de Justicia). El Tratado de Niza (2001) ha previsto la creación de Salas Jurisdiccionales para materias específicas (vg. Función Pública-2004). (V. ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007; DE LA FUENTE, F. *Glosario Jurídico-Político de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002; MANGAS MARTÍN, A.- D. J. LIÑAN NOGUERAS *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2005). Las riquísimas competencias del tribunal europeo no le corresponden a los Tribunales arbitrales, los que están limitados sólo a dirimir la controversia en base al derecho fijado por los Estados Parte.

¹³

Tal el caso de la Directiva 93/7 (CEE) del Consejo de 15 de marzo de 1993 sobre restituciones de bienes culturales.

¹⁴

Señalados precedentemente.

¹⁵

PAOLILLO, F. "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", en *Estudios Internacionales, Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1981, Vol. 2.

¹⁶

El Tribunal tiene competencia judicial comunitaria: *INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL* (normas andinas); *ACCIÓN DE NULIDAD* de decisiones, resoluciones, convenios entre Estados, inclusive, desviación de poder; *ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO* (procedimiento prejudicial ante SG- Reglamentado en 2005); demanda de revisión de sentencia de incumplimiento por hecho nuevo; *RECURSO POR OMISIÓN O INACTIVIDAD* (Estado Miembro o particular afectado c/ Consejo, Comisión o SG); *JURISDICCIÓN LABORAL*; *ARBITRAL* (controversia por aplicación o interpretación de contratos, convenios, acuerdos).

una competencia tan amplia como la del TJCE para la interpretación y desarrollo de principios generales del derecho comunitario¹⁷.

El PO del MERCOSUR -a diferencia del sistema europeo y el andino- se limita a tener en la cúspide de su sistema de solución de controversias al arbitraje, agregando a ello una debilidad más: admitir la *opción de foro* (art. 1), elección que contribuye a corroborar la naturaleza intergubernamental del sistema, al permitir a los Estados Parte someter sus controversias a la OMC o a otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte, a elección de la parte demandante, sin perjuicio de que, de común acuerdo puedan, convenir un foro distinto.

Los TAH y el TPR, frecuentemente, han olvidado las limitaciones que les impone la naturaleza de su rol arbitral y han emulado a los tribunales judiciales europeo y andino, pretendiendo impulsar con voluntarismo judicial el proceso integrador. Tal como lo señaláramos precedentemente, la función de los tribunales arbitrales no es “decir el derecho” (como lo hacen los tribunales judiciales) sino sólo “pronunciarse sobre la legalidad-legitimidad de las pretensiones de los contendientes en base al derecho establecido por las Partes” (art. 34 PO).

Los tribunales han ido aún más allá en su “abuso de poder o de función”, ya que, sin efectuar consideración alguna, han traspolando directamente jurisprudencia europea o andina, ignorando que el MERCOSUR no es un sistema comunitario y que ellos son meros tribunales arbitrales limitados por las normas que le han establecido los EP. El PO -al igual que lo hiciera el PB- no contempla entre el derecho aplicable para decidir una controversia a la jurisprudencia. Si no incluye la jurisprudencia mercosureña como fuente auxiliar de su propio sistema jurídico, menos podría interpretarse -aplicando el principio *a fortiori*- que está facultado un tribunal por el Tratado para aplicar como fuente de derecho MERCOSUR a la jurisprudencia de un sistema foráneo, de distinta naturaleza, como la del sistema europeo o el andino.

Frecuentemente, se ha invocado para justificar los “excesos” de los tribunales del MERCOSUR, el hecho de que el preámbulo del PO señale, de modo general, la necesidad de la “correcta aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundacionales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática”. Creemos que la formulación no amplía las facultades de los tribunales, por el contrario, tal enunciado pone aún en mayor evidencia la desubicación de los tribunales en torno a su rol al adjudicarse facultades para impulsar el proceso de integración desde un activismo “judicial” no sostenido en derecho.

III.-Normativa mercosureña vinculada a la “cláusula ambiental”. Tratamiento dado a la misma por los tribunales arbitrales

Básicamente, debemos considerar normativa constitucional relativa a la “cláusula ambiental” a la contenida en el *preámbulo del Tratado de Asunción (TA)*; en el *Anexo I del TA, art. 2. inc. b) ‘in fine’* y el *art. 50 inc. d) del Tratado de Montevideo (TM)* de 1980.

Preámbulo del TA

El párrafo segundo de la parte preambular del TA expresa:

17

V. *Los Procesos de Integración en la Encrucijada; Perspectivas de Futuro*, Seminario organizado por CEPAL, BID y OBREAL, 21 y 22 de noviembre de 2006.

“Entendiendo que ese objetivo [la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración¹⁸] **debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles y la preservación del medio ambiente (...)**”. (El resaltado nos pertenece).

No sólo resaltamos el verbo utilizado (“debe”) sino el hecho de que la vía señalada para alcanzar la integración (“mediante”) haya sido enunciada en primer término en la frase con relación a las otras vías: el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y complementación de los diferentes sectores de la economía.

Si bien, en el mismo párrafo *in fine* el TA establece que ello ha de lograrse con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, ello no debilita el enunciado en tanto todo “proceso” de integración presupone en su base esos principios por sus connaturales características de dinamicidad, progresividad, reconversión, solidaridad.

La *gradualidad* implica que las partes parten del estadio con que han contado en 1991 (en el caso bajo comentario, de preservación del medio ambiente) hacia objetivos de optimización, de paulatina concreción en el sentido señalado.

La *flexibilidad* indica la amoldabilidad del proceso a las nuevas realidades en la progresiva consecución de los objetivos acordados. Ello no torna más feble el pronunciamiento ya que pone de manifiesto la determinación de avanzar hacia el objetivo señalado, tal como es propio de un proceso de integración, el que se caracteriza -tal como lo señaláramos- por su evolutividad, paulatina consecución de propósitos de acuerdo a las venturas y desventuras de las circunstancias (avance/retroceso; derrame/reabsorción).

El *equilibrio* importa tratamientos diferenciados para los EP de conformidad a sus características estructurales, de modo tal que, cuanto más desarrollado sea el país, mayores concesiones debe otorgar y menores deben ser las que reciba¹⁹.

Algunos doctrinarios han minimizado el contenido del párrafo “ambiental” del TA precedentemente citado por su condición de *preambular*, desconociendo el sustancial rol que le asignan las *Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969 y 1986, en su artículo 31. El mismo expresa: “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado **en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin**” (art. 31.1). La referencia al “contexto” implica que los términos no deben ser tomados aisladamente, sino en el conjunto del tratado, cada una de sus partes y todas ellas interrelacionadas entre sí. De la Guardia recuerda un dictamen de Anzilotti que expresara: “La primera cuestión que se plantea es la de saber cuáles son el objeto y fin de la convención en la que se encuentra el artículo a interpretar”²⁰. De acuerdo a ello, todas las cláusulas dispositivas adquieren su pleno significado a la luz de los objetivos y fines enunciados en el tratado, incluida su parte preambular²¹.

18

Párrafo primero de la parte preambular del TA.

19

Este principio no se opone al de *reciprocidad*, consagrado en el art. 2 del TA, ya que la contraprestación se equilibra en base a las asimetrías.

20

DEL LA GUARDIA, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 222.

21

Nada de lo dispuesto en el tratado contraviene la explícita voluntad manifestada en el proemio. Más aún, se halla fuertemente sustentada en el *Anexo I*, art. 2 b) *in fine* del TA.

El TA no contiene en su parte dispositiva referencia expresa al medio ambiente, pero lo contempla en la remisión del *Anexo I*, art. 2. b) *in fine*. Por otra parte, tampoco tratándose de un tratado-marco²² debía esperarse una regulación específica sobre la materia, aspecto que correspondía fuera desarrollado a través de la acción de los distintos órganos²³.

Se podrá argüir que el art. 31.3 de las referidas Convenciones Viena establece: “*Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado (...)*”. Sin embargo, no se ha alcanzado acuerdo alguno dirigido a la “interpretación” del TA en materia ambiental. El *Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en el MERCOSUR (AMMA) (Dec. CMC 02/01)*, está dirigido –tal como el mismo expresamente lo indica- a la articulación de las dimensiones económicas sociales y ambientales en el marco del desarrollo sostenible²⁴ y no a la dimensión ambiental como integradora del proceso de liberación comercial, tal como aparece en el preámbulo del TA. La sola designación de acuerdo “marco” contribuye a sostener nuestra posición.

Anexo I del Tratado de Asunción (TA), art. 2 b) ‘in fine’. Art. 50 d) del Tratado de Montevideo de 1980 (TM80)

El *Anexo I del TA* establece el *Programa de Liberación Comercial*, el que en su art. 2 dispone:

“Art. 2. A los efectos dispuestos en el artículo anterior, se entenderá:

a) por “gravámenes”, los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior.

Es de recordar que, si bien, ninguno de los tres tratados constitutivos originarios de las luego designadas Comunidades Europeas contenía referencia expresa al medio ambiente, el sistema se apoyó para desarrollar la política ambiental comunitaria -hasta su inclusión expresa en el Acta Única de 1986- en la necesidad de alcanzar los “objetivos” y “fines” del Tratado (*i.a.* Preámbulo, art. 2, art. 235 del TCEE), a pesar de que el término “ambiente” -a diferencia del MERCOSUR- ni siquiera estaba incorporado en los instrumentos constitucionales.

²²

Los tratados marco son acuerdos que sólo fijan objetivos funcionales generales, los que sólo pueden alcanzarse a través de decisiones políticas a adoptar, careciendo de normas con instrucciones precisas operativas o prohibiciones específicas.

²³

V. nuestros trabajos *Relaciones de Córdoba con el MERCOSUR en Materia de Medio Ambiente*, Prólogo P. J. FRÍAS. Lerner, Córdoba, 1996 (Premio Eco-Córdoba), pp. 86-154 y 275-277; “MERCOSUR y Medio Ambiente”, en PUEYO LOSA, J-REY CARO, E. J. (Coord.) *MERCOSUR; Nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo de integración*, USAL-Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, pp. 317-366.

²⁴

Art. 4 AMMA: “*El presente Acuerdo tiene por objeto el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población*”.

No quedan comprendidos en dicho concepto las tasas y recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados; y

b) por "restricciones", cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidas en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el Artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980". (El resaltado nos pertenece).

Por su parte, el TM80, en el *Capítulo VII*, titulado *Disposiciones generales*, en el art. 50, establece:

"Art. 50. Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

(...)

d) Protección de la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales;

(...)" (El resaltado nos pertenece).

De conformidad a los artículos 1 y 2 del TA los Estados Parte han decidido "constituir un Mercado Común" (MERCOSUR), lo que *i.a.* implica "la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente". Sin embargo, y de modo acorde al objetivos preambulares del TA -tal como ya observamos- en el art. 2 b) *in fine* del *Anexo I* al TA, expresamente, se *excluye del concepto de "restricciones" al comercio recíproco*, a las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el artículo 50 del TM80, con relación a las cuales dispone que "*ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y cumplimiento de medidas destinadas a la: (...) d) protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales*"²⁵. Es decir, es una facultación **general**, que no admite otra condicionante que la condición de que la medida esté destinada al alto objeto para la cual fue prevista y autorizada dentro del sistema.

Debe tenerse en cuenta que una "restricción" -de modo coherente con lo enunciado en el *Anexo I* art. 2.a) del TA- es cualquier medida (distinta a los aranceles) de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte en un acuerdo de libre comercio impide o dificulta, por decisión unilateral, el comercio recíproco. Las "restricciones" son, por naturaleza, mecanismos de excepción que derogan ciertas normas generales de un acuerdo de libre comercio ("cláusulas de escape"). Muy por el contrario, la "*cláusula ambiental*" receptada en el TA y en dispuesta en el *Anexo I TA* y el TM es *norma general de un proceso de integración que ha dispuesto incorporar la dimensión ambiental a los mecanismos del proceso*, aun cuando hasta la fecha no se haya logrado de modo satisfactorio. Es encomiable y visionario que el TM y el

25

Es de observar que los siete incisos del art. 50 TM80 indican medidas que hacen al orden público del proceso de integración latinoamericano (vg.: moralidad pública, seguridad, materiales de guerra, vida y salud de personas, animales y vegetales, oro y plata metálicos, patrimonio nacional, materiales y energía nuclear). Si bien podría considerarse que sólo importan "reservas de soberanía", tal condición resulta demasiado pobre atento al disposición de carácter general que importa, la naturaleza de los bienes que permite proteger y el hecho de que el TA haya receptado a esas medidas como previsiones distintas de las "restricciones" o "excepciones al libre comercio" y en toda la amplitud que le otorga el TM. Por otra parte la preservación de los bienes a que está dirigido el art. 50 del TM80 son bienes a preservar en el espacio ampliado del MERCOSUR por haber sido considerado valiosos para el conjunto de los EP.

TA hayan contemplado la preservación ambiental. Ello, especialmente, por tratarse de una subregión rica en materias primas y recursos naturales, verdadera ventaja comercial comparativa, digna de proteger.

Resulta de gran relevancia para la correcta interpretación normativa el hecho que el Tratado, explícitamente, haya **excluido** del concepto de “restricción” a la denominada “cláusula ambiental”, lo que no ha sucedido en el sistema del Acuerdo General sobre Comercio y Tarifas/ GATT - Organización Mundial del Comercio/OMC, ni en el de la CE o de la CAN, tal como lo señalaremos más adelante.

Las medidas contempladas en el art. 50 TM80 no son “excepciones” (en el sentido técnico de la palabra) al libre comercio en el MERCOSUR (restricciones que impidan o dificulten el libre comercio), tal como lo establece expresamente el TA [*Anexo I* TA art. 2.b) *in fine*]. Los tribunales

del MERCOSUR -a excepción del Laudo I de TAH de 25 de octubre de 2005, el que fue revocado- no lo han interpretado conforme las normas MERCOSUR²⁶⁻²⁷.

Algunos laudos, particularmente, el *Laudo I/2005 del TPR* que revoca al Laudo I del TAH de 2005 –reconfirmado en el *Laudo I/2008 del TPR*- deberían ser duramente criticados²⁸ por desconocer la normativa expresa del MERCOSUR y por recurrir a la jurisprudencia del proceso comunitario europeo tomándola como guía y fuente de derecho, sin colegir las diferencias regulatorias entre ambos sistemas, la distinta naturaleza de los procesos y las limitaciones que impone el PO a los árbitros.

26

El **Laudo VII** del TAH, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil sobre “obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR” (19 de abril de 2002), ha señalado en el CONSIDERANDO que el Tribunal reconoce como “objeto de la controversia” “la procedencia de la **excepción** derivada del art. 50 del TM” (integrado por los árbitros Ricardo Olivera García-Presidente, Héctor Masnatta y Guido Fernando Silva Soares). Incluso, titula al numeral 9: “EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ART. 50 DEL TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1980”. En el Numeral 9.4 expresa: “Como toda restricción al principio de libertad de circulación de mercaderías, la misma debe ser excepcional, específica y de interpretación restrictiva. Además, deberá recaer en el Estado que impone la **restricción** el ‘**onus probandi**’ de que se ha producido la situación de hecho que sustenta la **restricción**”. (El resaltado nos pertenece). El Numeral 9.6 señala: “El Tribunal entiende que la interpretación del Tratado de Montevideo de 1980 que Brasil pretende no se ajusta a la naturaleza restrictiva y específica que surge de la naturaleza de la restricción impuesta”. Señalamos esto -más allá de que compartimos la decisión final del Tribunal y la mayor parte de sus Considerandos- para resaltar cómo las fundamentaciones, erráticamente, se alejan de la normativa MERCOSUR y su correcta interpretación, ya que la única comprobación que cabe frente a la aplicación de medida del art. 50 del TM de 1980 es determinar si ella “**está dirigida**” al objetivo señalado, debidamente fundado por la parte aplicante. El onus probandi que la medida no está dirigida al fin que se invoca, le cabe a quien impugna la medida del art. 50 TM. La expresión del art. 50 TM80 relativa a que “**ninguna disposición** del presente Tratado será **interpretada como impedimento**” a la aplicación de las medidas enunciadas en el mismo y la del art. 2. b) del Anexo I del TA que esas medidas **no son restricciones**, no admite llevar a consideración ninguna referencia a excepcionalidad, interpretación restrictiva, onus probandi particular, sino sólo considerar si las medidas están dirigidas a un fin establecido en el art. 50 TM80. Por su parte, el **Laudo VIII** de TAH constituido para decidir la controversia entre la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del Impuesto Específico Interno (“Imesi”) a la comercialización de cigarrillos originarios de la República del Paraguay (21 de mayo de 2002), integrado por los árbitros Evelio Fernández Arévalos-Paraguay, Juan Carlos Blanco-Uruguay y Luiz Olavo Baptista-Presidente, en el Considerando expresó: “La libre circulación tiene que ocurrir tanto en el campo de la imposición arancelaria así como en el campo de las prácticas administrativas. Desde el punto de vista de la libre circulación, el Mercosur quiere eliminar todas las diferencias arancelarias. Y en los casos en que hubiera excepciones, éstas han de ser especificadas. Asimismo, los Estados miembros no pueden crear **obstáculos, de cualquier naturaleza**, que impidan la libre circulación de productos. **Las excepciones aunque no sean directamente contempladas por los Tratados del Mercosur, serán solo las previstas por el art. 50 de Montevideo y en los arts. XX y XXI del GATT/1994**” (El resaltado nos pertenece). En esta última frase se puede observar que este Tribunal también -en interpretación contra derecho- considera excepciones a las medidas del art. 50 TM80 y que, además, a pesar de la explícita remisión del art. 2 b) del Anexo I del TA considera que esas medidas no están contempladas en los Tratados del MERCOSUR, equiparándolas a las medidas del GATT/OMC. El **Laudo IV** de TAH relativo a la Controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina” (21 de mayo de 2001), integrado por los árbitros Juan Carlos Blanco-Presidente), Enrique Carlos Barreira y Tercio Sampaio Ferraz Junior, en cuestión ajena a la “cláusula

Debe tenerse presente que -tal como ya lo señaláramos- los textos normativos del TA y el TM en materia de “cláusula ambiental” son diametralmente diferentes a los establecidos en el sistema GATT/OMC, CE y CAN por lo que toda transferencia debe ser realizada con cuidado, deslindando en las traspolaciones heterointerpretativas lo no pertinente en función de las diferencias de los textos normativos.

El Acuerdo de Marrakech de 1994 que ha dado origen a la OMC, en su parte preambular, si bien hace referencia al objetivo de desarrollo sostenible, expresa débilmente: “*procurando proteger y preservar el medio ambiente*” (el resaltado nos pertenece)²⁹. Por su parte, el tratado del GATT, en su Art. XX, bajo la rúbrica “*Excepciones Generales*” dispone: “*A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...) b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (...); d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo (...); g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; (...)*”. (El resaltado nos pertenece)³⁰. El requerimiento de la condición de “necesarias” exigido para la aplicación de las medidas, hace visible que la “cláusula ambiental” no ha sido incorporada en el sistema como principio general integrado al principio de libre comercio como lo ha sido en el sistema MERCOSUR en el *Anexo I*, art. 2 b) del TA, sino como “excepción al principio de libre

ambiental” ha expresado en el Numeral 141: “(...)Tales prácticas han de ser encaradas con el criterio de que las excepciones a la libre circulación deben resultar de textos expuestos y aun **las excepciones admitidas -como las medidas no comerciales del artículo 50 del TM80-** tienen que estar destinadas efectivamente a su finalidad propia y declarada, a fin de no ser una forma encubierta de restricción comercial y como tal no admisible”. No es lo mismo decir “excepción admitida” que respetar el texto “no quedan comprendidas en dicho concepto” [excepciones/restricciones] las medidas adoptadas en virtud del art. 50 TM80.

27

El Laudo de referencia, *Laudo I/05* de TAH pronunciado bajo el sistema el PO, sobre la *Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina "PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS"* (25 de octubre de 2005) (integrado por los árbitros Hermes Marcelo Huck-Presidente, José María Gamio, Marcelo Antonio Gottifredi), al menos en esta fracción de numeral, correctamente, ha señalado: “99. (...). **La protección del medio ambiente es un principio básico para el MERCOSUR.** Como ya se explicó anteriormente, el Preámbulo del Tratado de Asunción y la aplicación del artículo 2º, letra b) del Anexo I del Tratado, que incorpora el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, son pruebas inequívocas de que **el MERCOSUR nació y debe desarrollarse protegiendo la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales (...)**”.

²⁸ No por el resultado de las decisiones -como ya lo señaláramos- sino por la argumentación y derecho en que se sustentan.

29

Expresión bien diferente de la empleada en el TA: “**deber de alcanzar el objetivo de la integración a través de la preservación del medio ambiente**”, como lo hace el preámbulo del TA.

30

Otros acuerdos del sistema también contemplan la “cláusula ambiental”, vg.: el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*, el *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, el *Acuerdo sobre la Agricultura*, el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. Por las limitaciones que nos imponemos en esta presentación, nos remitimos a lo expresado en trabajo anterior titulado *Comercio y Ambiente. Las restricciones no arancelarias como instrumento de preservación ambiental en el MERCOSUR.*, Lerner, Córdoba, 2005, pp. 47-82 y 213-245.

comercio”. En el ámbito del GATT y la OMC se ha interpretado que “necesario” equivale a “esencial”, “vital”, “insustituible”, etc. para los “intereses o valores” ambientales a proteger³¹.

El art. 30 del *Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE)* establece: “Las disposiciones de los artículos 28 y 29 **no serán obstáculo** para las prohibiciones o **restricciones** a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales **prohibiciones o restricciones** no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”. Si bien, a primera vista, el enunciado puede parecer similar al vigente en el MERCOSUR en materia de cláusula ambiental, debemos observar que el dispositivo europeo considera “restricciones” a las medidas ambientales con efecto sobre la libre circulación, es decir, condiciones excepcionales, a diferencia de lo regulado en el MERCOSUR, tal como ya se señalara.

Es de observar que el Art. 2 del TCEE, al referirse a la misión de la Comunidad, hace referencia a “desarrollo sostenible” y a “un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente” pero sólo como cometidos a “**promover**” -entre otros- desde el proceso de integración. En el art. 3 y 4, al enunciar las políticas o acciones comunes incluye “**una política en el ámbito del medio ambiente**” (art. 3. 1. 1), pero limitada a las “condiciones” y al “ritmo” “previstos en el (...) Tratado”. Además, si bien: a) el art. 6 dispone que las exigencias de la protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad; b) el art. 95 regula las distintas situaciones en la eventual tensión entre medida de armonización y medidas nacionales dirigidas *i.a.* a la protección ambiental; c) el *Título XIX* del Tratado está dedicado a Medio Ambiente (art. 174-176) se refiere a las “políticas de medio ambiente” y entre ellas prevé *excepciones de carácter temporal al libre comercio*, ello tiene una naturaleza muy diferente a la de los dispositivos mercosureños.

El Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena/AC) de 1969 prevé, en calidad de “*acción complementaria*” y como mecanismos establecidos para alcanzar objetivos del Tratado, a las “*acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente*” (art. 3.), lo que se mantiene en el Protocolo de Sucre al AC (1997). El art. 128 dispone: “*Los Países Miembros emprenderán acciones conjuntas que permitan un mayor aprovechamiento de sus recursos naturales renovables y no renovables y la conservación y mejoramiento del medio ambiente*”. Ambos enunciados son débiles, no enuncian obligaciones de los centros institucionales del proceso y no permiten considerar que el ambiente está integrado al objetivo del sistema, como lo ponen en evidencia en el MERCOSUR *i.a.* el preámbulo del TA y su *Anexo I*.

31

V. *i.a.* Asunto *Corea-Carne vacuna II*, Informe del OA, para. 161; Asunto *CE-Amianto*, Informe del OA, para. 172.

Las percepciones alejadas de la normativa MERCOSUR ya se observan en el *Laudo I del TAH*, relativo a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Federativa de Brasil (Parte Reclamada) designada como "*Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco*", de 28 de abril de 1999³². Bajo el Título Considerandos y subtítulo *Eliminación de restricciones no arancelarias* el Tribunal ha expresado:

"81. (...) que sólo las medidas de esta naturaleza [art. 50 del TM] podrán mantenerse más allá de la fecha en que se completa la liberación comercial, con DOS precisiones: (a) Aun así, sólo serán compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR, como en general con un proceso de integración, aquellas medidas efectivamente 'destinadas' a proteger esos bienes -como lo dice el art. 11[del Acuerdo de Complementación Económica N° 18³³]- no debiendo por tanto incidir en el comercio. Conclusión que la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad, según recoge Soldatos (Op. Cit. p. 126³⁴), viene a confirmar al rechazar el establecimiento de condiciones o formalidades para la importación, cualquiera que fuere su forma, que distorsionen el comercio o 'cuando esas medidas golpean más, formalmente o en la práctica, a los productos extranjeros o no están proporcionadas con el fin perseguido' y (b) Habrá de continuarse el proceso de armonización de esas medidas, como lo indican entre otras las Decisiones CMC 3/94³⁵ y 17/97. Todas las demás medidas no arancelarias aplicadas al comercio intra-MERCOSUR deberán ser eliminadas a más tardar al fin del plazo del periodo de adecuación (el resaltado nos pertenece)³⁶.

El Tribunal, sin más, traspola interpretaciones doctrinarias de un sistema a otro sin distinguir las diferencias relativas a la naturaleza de los dos sistemas, sus normativas, sus modelos institucionales, ni el rol de los tribunales en el modelo integrador. El Tribunal *Ad Hoc* pone "condiciones" ("precisiones") que no contempla la norma MERCOSUR, ponderando a las medidas en aplicación del *Anexo I del TA* art. 2 b) *in fine*, de modo exactamente equiparable a restricciones no arancelarias.

³²

Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia, integrado por los árbitros Dr. Juan Carlos Blanco (presidente), Dr. Guillermo Michelson Irusta y Dr. Joao Grandino Rodas, nacionales respectivamente de Uruguay, Argentina y Brasil).

³³

"Art. 11 Los países signatarios sólo podrán aplicar hasta el 31 de diciembre de 1994, a los productos comprendidos en el Programa de Desgravación, las restricciones no arancelarias expresamente declaradas en las Notas Complementarias al presente Acuerdo. Al 31 de diciembre de 1994 y en el ámbito del Mercado Común, quedarán eliminadas todas las restricciones no arancelarias".

³⁴

Se refiere a la obra de Panayotis Soldatos *Le Système Institutionnelle et Politique des Communautés Européennes Dans un Monde en Mutation*, Bruylant, Bruxelles, 1989.

³⁵

MERCOSUR/CMC/Dec. N° 3/94. Restricciones no arancelarias. MERCOSUR/CMC/Dec. N° 17/97. Restricciones no arancelarias. Esta última Decisión recuerda que "la Dec. CMC N° 3/94 establece que "hasta tanto no se alcance la total eliminación y armonización de las Medidas y Restricciones No Arancelarias, los Estados Partes se comprometen a no aplicar en su comercio recíproco condiciones más restrictivas que las vigentes para el comercio interno y externo".

³⁶

El mismo párrafo del Laudo ha expresado: "*El TA y su sistema normativo se hallan inscriptos en el TM 80, en cuyo ámbito y bajo la forma de un acuerdo de complementación económica de alcance parcial (ACE 18), son legitimadas las disposiciones preferenciales del MERCOSUR (...)*".

El error se consolida y agrava en sucesivos laudos. La mayor afectación se observa en el *Laudo 1/2005 del TPR*, constituido para entender en el *recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el laudo arbitral del tribunal arbitral ad hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay”* (20 de diciembre de 2005)³⁷ y que revoca por mayoría el Laudo del TAH de referencia, el que -olvidando totalmente los expresos términos de la normativa mercosureña-expresa³⁸:

C.3. CRITERIOS DE RIGOR PARA EL ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES AL LIBRE COMERCIO (...)³⁹

“10. En cuanto a la invocación de la excepción en concreto, en primer término en derecho de integración así como en derecho comunitario, quien invoca una excepción al libre comercio debe probarla. Normativamente, no existe en el Mercosur un cuerpo legal que establezca clara y concretamente los criterios de rigor a ser analizados para la invocación de tales excepciones, las cuales siempre deben ser interpretadas con criterio restrictivo. No compartimos al respecto la denominación de presupuestos habilitantes que les otorga la representación uruguaya. El laudo arbitral en revisión no contiene lamentablemente ninguna aseveración en tal sentido, y mucho menos cumple su rol institucional que consiste claramente en tales circunstancias, ante un vacío normativo, en establecer un criterio jurisprudencial claro y conciso de tales criterios de rigor para luego aplicarlos al caso concreto. Históricamente en realidad tanto en la hoy Unión Europea como en la Comunidad Andina fueron los tribunales comunitarios los que primero desarrollaron tal concepto jurisprudencialmente (...).” (El resaltado nos pertenece).

“14. En concreto, ante el error jurídico en cuestión del laudo arbitral de no detallar jurisprudencialmente los criterios de rigor (que no precisamente son siempre presupuestos habilitantes) para la invocación de excepciones al principio de libre comercio, y de evaluarlos a la luz de este caso, este Tribunal ante la ausencia normativa en el Mercosur en cuanto a tales criterios de rigor sentando jurisprudencia inicial al respecto establece: a) en primer término corresponde analizar siempre si la medida en cuestión es efectivamente restrictiva al libre comercio. En la eventualidad de una respuesta positiva al caso concreto, ello de manera alguna hace inviable la medida. Es solo un primer paso de

37

Tribunal conformado por los Árbitros Becerra, Oliveros y Fernández.

38

Tal como lo señaláramos en trabajo anterior [“La ‘cláusula ambiental’ del MERCOSUR en el laudo arbitral 1/2005 del Tribunal Permanente de Revisión”, en *Jornada de Reflexión sobre Derecho Ambiental-2008*, Instituto de derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, octubre de 2008. (www.acaderc.org.ar)]. Nuestras críticas al Laudo 1/2005 del TPR están dirigidas a los fundamentos jurídicos utilizados y no a la decisión del laudo, ya que consideramos que Argentina no estaba en condiciones de sostener que la medida estaba “destinada” a proteger el medio ambiente.

39

Ya el *Laudo VI*, relativo a la *controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante) y la República Federativa del Brasil (Parte Reclamada) sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes de Uruguay”*, de 9 de enero de 2002, integrado por los árbitros Raúl Emilio Vinuesa-Presidente, Maristela Basso y Ronald Herbert, se ocupó de los “Criterios de rigor para el análisis de la viabilidad de las excepciones al libre comercio”, al ocuparse de la “cláusula ambiental” del art. 50 del TM80.

análisis. En nuestro caso la respuesta es precisamente positiva, pues efectivamente la prohibición de importación de neumáticos remoldeados es evidentemente una medida restrictiva al libre comercio. Siendo este un caso piloto corresponde citar brevemente una referencia jurisprudencial del TJCE que calza perfectamente. En efecto, en la causa individualizada como Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Austria⁴⁰, en reciente sentencia del 15 de noviembre de 2005, el TJCE ha determinado: (...)". (El resaltado nos pertenece).

"15.b) En segundo término, habiéndose concluido en relación al caso en estudio ante este Tribunal que la medida analizada es una restricción al libre comercio, corresponde evaluar el segundo criterio de rigor: el carácter discriminatorio o no de la medida. Según se nota en la jurisprudencia europea, cualquier medida analizada puede ser discriminatoria, directa o indirectamente (...)"". (El resaltado nos pertenece).

"16.c) El tercer presupuesto es el de la justificación o no de la medida. Siempre basándonos en la cita del caso europeo mencionado, vemos que el Abogado General Geelhoed consideró (...) que por tanto "debe examinarse a continuación si la medida era adecuada, necesaria y proporcionada". A su vez el TJCE en su referida sentencia estipula: "según jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio-ambiente, siempre que las medidas de que se trate sean proporcionadas al objetivo perseguido (veanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 2004. Comisión/Alemania. C-463/01. Rec. P. I-11705, apartado 75, así como Radlberger Getrankegesellschaft y S. Spitz. C-309/02. Rec. P. I-11763, apartado 75)"". (El resaltado nos pertenece).

"17.d) El cuarto y más difícil criterio a salvar es siempre el de la proporcionalidad considerando que toda medida que obste al libre comercio debe ser siempre evaluada con criterio restrictivo. Por ello es doblemente interesante resaltar en primer término la conclusión del Abogado General Geelhoed en el caso de referencia (...)"". (El resaltado nos pertenece).

Los Considerandos de este Laudo -apropiados para la consideración de restricciones no arancelarias pero impertinentes para las medidas del art. 50 TM80- fueron confirmados en el *Laudo N° 1 /2008 del TPR*⁴¹ relativo a la "Divergencia sobre el Cumplimiento del Laudo 1/05 de TPR" de fecha 25 de abril de 2008. Además, es de observar en los numerales citados -a más de la mayor parte de los Considerandos del referido laudo- el valor que el Tribunal da a la jurisprudencia europea para construir su Decisión⁴².

Reflexiones finales-Recomendaciones

⁴⁰

Comisión de las Comunidades Europeas c/ República de Austria - Asunto C-320/03.

⁴¹

Integrado por Carlos Alberto González Garabelli (Paraguay-Presidente del Tribunal), Nicolás Eduardo Becerra (Argentina), Ricardo Olivera García (Uruguay).

⁴²

V. nuestro trabajo "La 'cláusula ambiental' del MERCOSUR en el laudo arbitral 1/2005 del Tribunal Permanente de Revisión", en "Jornada de Reflexión (...)", *Op. cit.* (www.acaderc.org.ar)

El deber de preservar el medio ambiente es condición integrada al proceso del MERCOSUR, por lo que se recomienda ir construyendo una jurisprudencia sólida (si bien en base a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio del proceso), que integre la “cláusula ambiental” al principio de libre comercio con carácter de objetivo general del modelo de integración, de conformidad al preámbulo del TA y el art. 2. b) *in fine* del TA y su remisión al art. 50 TM80.

El rol de los tribunales del MERCOSUR en general y, particularmente, a la hora de interpretar la “cláusula ambiental”, debe circunscribirse a la normativa MERCOSUR y a su oficio de tribunal arbitral, recordando que su función no es “decir derecho”, ni desarrollar desde su función, institucionalmente, el proceso de integración -como lo es en los sistemas judiciales comunitarios europeo y andino-, sino sólo decidir las controversias que los Estados Parte llevan a su conocimiento, de conformidad a las fuentes normativas establecidas en el Art. 34 del PO. Resulta por ello imprescindible que los tribunales, al citar jurisprudencia de sistemas foráneos, acompañen consideraciones referidas a la diferente naturaleza de esos sistemas con relación a la del MERCOSUR, a las diferencias en las enunciaciones normativas de ambos sistemas y a los contrastes en lo relativo a la función de un tribunal judicial y uno arbitral.

Finalmente deseamos recordar unas frases del laudo arbitral revocado (Numeral 99), las que consideramos reflejan el *status jurídico* de la “cláusula ambiental” en el sistema mercosureño:

La protección del medio ambiente es un principio básico para el MERCOSUR. (...) (E)l Preámbulo del Tratado de Asunción y la aplicación del artículo 2º, letra b) del Anexo I del Tratado, que incorpora el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, son pruebas inequívocas de que el MERCOSUR nació y debe desarrollarse protegiendo la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales (...)”.