

LA CLÁUSULA AMBIENTAL Y EL PRINCIPIO DE LIBRE COMERCIO EN EL MERCOSUR*

Paula Gabriela Tobes
Abogada

I. Introducción

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR), constituido en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), fue creado en el año 1991 mediante el Tratado de Asunción como una organización de carácter intergubernamental.

En el marco del bloque de integración se ha dictado normativa relativa a la protección del medio ambiente con incidencia en el comercio. En este sentido, dentro de la normativa relativa a la “cláusula ambiental” se puede considerar a la contenida en el preámbulo del Tratado de Asunción; en su Anexo I, art. 2. inc. b) ‘in fine’ y el art. 50 inc. d) del Tratado de Montevideo de 1980. A este respecto, diferentes consideraciones se han realizado en torno a su aplicación y, en efecto, hay autores que consideran que el MERCOSUR aún no ha superado la lógica de considerar a las medidas de protección del ambiente como barreras al comercio. (César Moreira, 2012)

Por ello, a través del presente trabajo se pretende reflexionar sobre la dimensión ambiental en el MERCOSUR, a través del análisis de la interpretación de la cláusula ambiental establecida en la normativa regional, efectuada en los laudos arbitrales dictados en el marco de solución de controversias del bloque de integración.

II. Cláusula ambiental ¿medida no arancelaria?

II. 1. La Cláusula Ambiental - Concepto

* Trabajo realizado en el marco de la Maestría en Integración Latinoamericana, Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de la Plata.

La cláusula ambiental es una cláusula social referida al desarrollo sustentable que se incorpora en los Tratados comerciales debiéndose contemplar los daños y perjuicios al ambiente.

Seguendo a Witker (2003, p. 270), esta puede ser “visualizada de manera negativa o positiva. Será positiva cuando los países estimulan condiciones más favorables de acceso a sus mercados, a condición de cumplir con cláusulas sociales y, será negativa, cuando se aplican sanciones a países que exportan productos, en contravención a los estándares mínimos laborales y/o ambientales.”

II. 1.2. Medidas No Arancelarias

II. 1.2.1. Concepto

Las medidas no arancelarias se definen en general como medidas de política, distintas de los aranceles aduaneros ordinarios, que pueden tener repercusiones económicas en el comercio internacional de bienes, modificando el volumen de las transacciones, los precios o ambas cosas. (UNCTAD/DITC/TAB/2009/3)

En efecto, son medidas (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. Es decir, se trata de leyes, regulaciones, políticas o prácticas de un sujeto internacional que restringen el comercio internacional, básicamente, el acceso de productos importados a un mercado. A menudo, se las ha definido lacónicamente como “todo impedimento al libre comercio que no sea un arancel”. (Drnas de Clément, 2005, p. 19). “La percepción de las Restricciones no arancelarias es amplia, abarcando potencialmente a ‘todos’ los obstáculos de naturaleza no arancelaria a los intercambios de mercancías, manifestando un carácter residual en el que cabe cualquier obstáculo (a excepción de los aranceles) distorsionador de la libertad de flujos comerciales.” (Drnas de Clément, 2005, p. 23)

II. 1.2.2. Características de las Restricciones no arancelarias (RNA)

Las restricciones no arancelarias (RNA) tienen las siguientes características propias:

-son medidas unilaterales, ya que a través de su implementación una de las Partes impide o dificulta por decisión propia las importaciones provenientes de la otra Parte.

-generan una restricción a la libertad de comercio, atento que tienden a impedir o limitar el libre flujo de mercancías entre los países.

-su adopción suele ser imprevisible, lo que ocasiona que los productores que pretenden ingresar bienes a dicho mercado no gocen del tiempo suficiente para adecuarse a los nuevos requerimientos.

-son regulaciones complejas y sofisticadas que pueden originarse en varias fuentes y ser modificadas en espacios reducidos de tiempo, lo que, generalmente, resta transparencia a la regulación del intercambio, desalentando a los productores y los gobiernos a comercializar debido a la falta de previsibilidad.

-su aplicación genera la satisfacción de un interés particular, propio del Estado. Según Dmas de Clément, (2005, p. 32) “el hecho de que una medida no responda a un interés particular sino a uno general o comunitario, lo hace transformarse en excepción a la proscripción de aplicación de Restricciones no arancelarias (vg.: protección de recursos naturales) o bien considerarla como medida que no implica Restricción no arancelaria.”

II. 1.2.3. Clasificación

En lo que hace a los tipos de restricciones no arancelarias, estas suelen clasificarse en medidas cuantitativas o no cuantitativas.

La Secretaría de la OMC (2001) define a las restricciones cuantitativas “como límites específicos sobre el volumen o el valor de las mercancías que se pueden importar (o exportar) durante un período de tiempo determinado.” Si bien las restricciones más comunes son las prohibiciones y los contingentes, dentro de esta clasificación figuran:

Los permisos de importación o exportación, las cuotas o cupos, salvaguardias, los precios oficiales, las medidas antidumping, los derechos compensatorios y las restituciones a la exportación.

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

Provincia de Buenos Aires – Argentina

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR

N° 111– AGOSTO 2018

CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445

EN LÍNEA ISSN 1850-6453

Por otra parte, las medidas arancelarias no cuantitativas o cualitativas son aquellas que se aplican a cantidades de productos que se permitan importar a un país o establecer contribuciones cuantificables a la que se sujeta esa mercancía distinta del arancel.

Estas se encuentran relacionadas con el producto en sí mismo y sus accesorios (envases, embalaje, entre otros) no resultando relevante la cantidad que se pretenda ingresar al país, al ser aplicada a todos los productos sin importar la cantidad. Entre ellas se encuentran: las normas consulares y estadísticas, las regulaciones sanitarias, las regulaciones de toxicidad, las regulaciones fitosanitarias, las regulaciones ecológicas, las normas técnicas y normas de calidad, las marcas de origen, los requisitos de empaque y los requisitos de etiquetado.

II. 2. Las Medidas No Arancelarias y la Protección Medioambiental

II. 2.1. Aspectos generales

La aplicación por parte de un Estado de restricciones no arancelarias -RNA- requiere no solamente la invocación del resguardo de algún bien susceptible de protección, sino, en general, el respeto de los principios fundamentales de la OMC –de Trato Nacional y Nación más Favorecida-, así como de otros que a continuación se señalan:

- deberá existir una correspondencia entre el grado en que la medida limita el comercio y el objetivo buscado, no correspondiendo que su implementación restrinja el flujo comercial más de lo estrictamente necesario para alcanzar el fin perseguido;
- deberá existir una relación de causa-efecto entre la medida a adoptar y el fin perseguido con esa restricción;
- la medida no deberá discriminar de manera arbitraria o injustificable; esto implica que no corresponderá la aplicación de un trato diferencial entre países en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre el territorio del Estado que aplica la restricción y el de otros países de acuerdo a los fines que sean perseguidos;
- habrá de constituir el medio más idóneo para alcanzar el fin perseguido, lo que implica la falta de otro medio menos dañoso para el libre comercio que permita

concretarlo y que su elección se encuentre basada en principios, testimonios y evidencias científicas suficientes;

- no podrá constituir una restricción encubierta del comercio internacional, ni tener por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional.

II. 2.2. Consideraciones en el ámbito multilateral

En referencia a la “cláusula ambiental” en el ámbito multilateral, cabe mencionar el tratamiento legal que se le ha dado en el sistema GATT/OMC.

En este sentido, el Acuerdo de Marrakech de 1994 que ha dado origen a la OMC, si bien hace referencia al objetivo de desarrollo sostenible, lo hace en su parte preambular, expresando débilmente: “procurando proteger y preservar el medio ambiente”.

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.

Bajo este contexto normativo, conforme alude la OMC¹ para poder invocar una excepción al amparo de los apartados b) y g) del artículo XX en el caso de una medida ambiental relacionada con el comercio, el Miembro debe establecer que existe una relación entre su objetivo de política ambiental declarado y la medida en litigio, la cual debe ser:

¹ OMC – Página Web: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envt_rules_exceptions_s.htm 31/07/2018.

- necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (apartado b) o;
- relativa a la conservación de los recursos naturales agotables (apartado g).

Señala la Organización que “para que una medida sea ‘relativa’ a la conservación de los recursos naturales, es necesario establecer que existe una relación sustancial entre la medida y la conservación de un recurso natural agotable.”²

A su vez, entiende que una medida es “necesaria” de conformidad con el apartado b) del artículo XX, cuando así se determine luego de sopesar distintos factores y la misma con las posibles alternativas a ella que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido.

Al respecto, 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 sino como “excepción al principio de libre comercio.” (Dnas de Clément, 2009, p. 13)

III. Cláusula ambiental en el MERCOSUR

III. 1. Génesis del MERCOSUR

En Latinoamérica en la década del 80 los países entraron en su peor crisis desde la gran depresión de los años 30. Por un lado, producto del deterioro en los términos de intercambio, al gestarse un nuevo modelo productivo con preeminencia en las manufacturas de bienes de consumo y capital que afectó la dinámica sectorial del comercio internacional al modificarse el dinamismo que en los intercambios tenían hasta el momento los productos primarios y las manufacturas basadas en recursos naturales (Mellado, 1995). Por otro lado, y en adición a ello, la eclosión de la crisis de deuda externa acaecida en ese período y el predominio que fueron adquiriendo las ideas del Consenso de Washington, terminó por agotar el enfoque de Industrialización por Sustitución de Importaciones (ISI) para el desarrollo que ya venía en declive, dando lugar a un cambio de paradigma de desarrollo en América Latina (Informe BID, 2002).

² *Ibidem*

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

Provincia de Buenos Aires – Argentina

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR

N° 111– AGOSTO 2018

CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445

EN LÍNEA ISSN 1850-6453

En ese contexto y con el advenimiento de los gobiernos democráticos en el Cono Sur surgió en 1986 el Programa de Integración y Cooperación Económica entre Argentina y Brasil inclinado a lograr una integración bilateral mediante negociaciones sectoriales, con el propósito de ampliar la complementación productiva, la cooperación técnica y construir un proyecto político para poner fin a las tradicionales hipótesis de conflicto, fortalecer las instituciones representativas y consolidar las democracias (Mellado, 2009).

Sin embargo, ante los gravísimos problemas que atravesaban las economías de América Latina y a la creciente globalización y regionalización de la economía mundial, los conceptos y las políticas de integración experimentaron una rápida transformación, recurriendo a una apertura mutua mayor y de ritmos más rápidos, que sigue un curso paralelo con las políticas de apertura externa implementadas (Mellado, 1995).

En esa coyuntura surge el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, suscripto el 29 de noviembre de 1988 entre Argentina y Brasil con el objetivo final de consolidar el proceso de integración y cooperación económica y que asienta como propósito de las Partes el de alcanzar, en una primera etapa, una zona de libre comercio de alcance general en un plazo de diez años, a través de una liberalización amplia, arancelaria y no arancelaria, del comercio de bienes y servicios y, en una segunda etapa, mediante la armonización gradual de las demás políticas necesarias, la conformación de un mercado común entre los dos Estados Partes.

Sincrónicamente con los cambios de los gobiernos democráticos -Argentina y Paraguay, 1989; Brasil y Uruguay, 1990 -regionalmente comenzó un nuevo impulso dinamizador que llevó a firmar el 6 de julio de 1990, por parte de los presidentes de Argentina -Menem- y de Brasil -Collor de Mello- el Acta de Buenos Aires. En virtud de ella, se redujeron los plazos de diez a cinco años para la concreción del mercado común, mediante un programa de liberalización comercial -rebajas arancelarias lineales y automáticas, la eliminación de toda restricción no arancelaria que debía concluir el 31 de diciembre de 1994- y, el establecimiento de un arancel externo común -AEC- (Mellado, 2002). Estos acuerdos se inscribieron en la ALADI como Acuerdos de Complementación Económica N° 14 el 20 de diciembre de 1990 y entraron en vigor a partir del 1 de enero de 1991.

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

Provincia de Buenos Aires – Argentina

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR

N° 111- AGOSTO 2018

CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445

EN LÍNEA ISSN 1850-6453

Finalmente, en la década del 90, escenario definido por los procesos de globalización de la economía mundial y el fin de la Guerra Fría, el regionalismo abierto y el predominio del pensamiento neoliberal, se arribó, con la incorporación de Uruguay y Paraguay, al Tratado de Asunción -TA- el 26 de marzo de 1991 que originó al MERCOSUR (Gajate, 2014), y en cuyo período también tuvo su origen el Grupo de los Tres -G3- en junio de 1994, el NAFTA y los Acuerdos de Cooperación Económica que celebra Chile con México, EEUU y Venezuela, al tiempo que se revitalizaron experiencias anteriores adaptándolas a las exigencias de la época: el Mercado Común Centroamericano se transformó en el Sistema de Integración Centroamericano -SICA- en 1993, incorporando a Panamá, la Comunidad del Caribe -CARICOM- decidió iniciar el proceso hacia un mercado único y el Pacto Andino devino en Comunidad Andina de Naciones - CAN- en 1996 (Mellado, 2007).

Si bien se continuaron en ese momento las previsiones respecto a que la creación del Mercado Común del Sur estaba prevista para el 1° de enero de 1995, por decisión N° 24/94 del Consejo del Mercado Común (CMC) se redefinieron los plazos del proceso, estableciéndose que en lo inmediato los esfuerzos se encontrarían dirigidos a alcanzar una Unión Aduanera con establecimiento de un arancel externo común (AEC).

Sumado a ello, y conforme lo preestablecido en el Tratado de Asunción, a través de la firma en 1994 del Protocolo de Ouro Preto se configuró su estructura orgánica de carácter intergubernamental y con alto sesgo presidencialista (Gajate, 2014), concentrándose la toma de decisiones en los Ejecutivos de los cuatro países a través de sus presidentes, Cancillerías y Ministerios de Economía de la región, en línea con el carácter comercialista del proceso. (ALOP, 2011)

A partir del año 2003, en el ámbito del MERCOSUR se han generado una serie de avances político- institucionales que han dado y dan cuenta de los tiempos de cambio que atraviesa el proceso de integración regional (FLACSO, 2009), y que han puesto en evidencia la problemática de un déficit en cuanto a rendición de cuentas del MERCOSUR para con la sociedad y sus actores políticos y sociales, cuya carencia está vinculada, entre otras cosas, en que la representación política en el MERCOSUR, se encuentra concentrada en los poderes ejecutivos nacionales y en la inexistencia de una política de comunicación y difusión de la información, a pesar de lo reflejado en la prensa. (CTA Secretaría de RRII, 2006)

En esta coyuntura, el bloque se propone la profundización del proceso que parecería impulsar la integración en dimensiones no comerciales, orientándose hacia el desarrollo de una agenda político-jurídica que recoge una demanda social de mayor protagonismo, construcción de una ciudadanía común e institucionalización de la participación democrática y adopción de políticas tendientes al desarrollo sostenible.

III. 2. Normativa en materia ambiental –“cláusula ambiental”

En el ámbito del MERCOSUR se debe considerar como normativa relativa a la “cláusula ambiental” a la contenida en el preámbulo del Tratado de Asunción; en su Anexo I, art. 2. inc. b) ‘in fine’ y el art. 50 inc. d) del Tratado de Montevideo de 1980.

No se encuentra comprendido dentro de dicho marco normativo el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en el MERCOSUR (AMMA) (Dec. CMC 02/01), debido a que conforme menciona la autora Drnas de Clément (2009, p. 9): “Está dirigido –tal como el mismo expresamente lo indica- a la articulación de las dimensiones económicas sociales y ambientales en el marco del desarrollo sostenible y no a la dimensión ambiental como integradora del proceso de liberación comercial, tal como aparece en el preámbulo del TA”.

Considerando lo expuesto y la legislación aplicable, cabe indicar que el párrafo segundo de la parte preambular del Tratado de Asunción expresa: “Entendiendo que ese objetivo [la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración] debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles y la preservación del medio ambiente”.

El Tratado mentado no contiene en su parte dispositiva referencia expresa al medio ambiente, pero lo contempla en la remisión al Anexo I, art. 2. b) in fine el cual menta:

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

[...] 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”.

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA
Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA
Provincia de Buenos Aires – Argentina
TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR
N° 111– AGOSTO 2018
CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445
EN LÍNEA ISSN 1850-6453

Por su parte, el Tratado de Montevideo, 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”.

De acuerdo con los objetivos preambulares del Tratado de Asunción y lo prescripto en el art. 2 b) in fine del Anexo I del mismo, 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 Tratado de Montevideo, 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”.

En este aspecto, “se debe tener en cuenta que una “restricción” -de modo coherente con lo enunciado en el Anexo I art. 2.a) del Tratado de Asunción- 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 Tratado de Asunción y dispuesta en su Anexo I y el Tratado de Montevideo 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”. (Dernas de Clément, 2009, p. 10)

IV. Interpretación arbitral de la cláusula ambiental del MERCOSUR

IV. 1. Sistema de solución de controversias en el MERCOSUR. Generalidades

El MERCOSUR fue creado por medio del Tratado de Asunción, en cuyo Anexo III se estableció un sistema provisorio para resolver controversias, caracterizado por negociaciones intergubernamentales directas y en el cual, además, se estipuló que dentro de los 120 días de su entrada en vigencia el Grupo del Mercado Común (GMC) elevará a

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

Provincia de Buenos Aires – Argentina

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR

N° 111– AGOSTO 2018

CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445

EN LÍNEA ISSN 1850-6453

los gobiernos de los Estados Partes una propuesta de sistema de solución de controversias a regir durante el período de transición. Asimismo, los Estados Partes se comprometieron a instituir un sistema definitivo antes del 31 de diciembre de 1994.

Como corolario de lo allí acordado, el 17 de diciembre de 1991 se suscribió el Protocolo de Brasilia, el cual entró en vigencia el 22 de abril de 1993.

El sistema allí instaurado tiene carácter transitorio (art. 34) y, no obstante ello, continuó estando vigente aun después del Protocolo de Ouro Preto, puesto que en el mismo no se logró establecer un sistema permanente de solución de controversias, tal como lo ordenaba el punto 3 del Anexo III del TA.

La única modificación que introduce el Protocolo de Ouro Preto en el sistema de Brasilia es la inclusión de las controversias derivadas de las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), (art.43, parágrafo, único, Protocolo de Ouro Preto).

El Protocolo de Brasilia establece dos mecanismos para la solución de controversias, según que la legitimación activa la tengan los Estados (capítulos I a IV) o los particulares (capítulo V); y no están incluidas las controversias entre un Estado Parte y el MERCOSUR o uno de sus órganos; los conflictos normativos entre el ordenamiento jurídico del bloque y el orden jurídico de cada Estado Parte; las controversias entre sus funcionarios y órganos y los conflictos entre los propios órganos del MERCOSUR.

Esta iniciativa originada con el Protocolo de Brasilia fue prolongada hasta el año 2004, sirviendo para la sustanciación de diez diferendos entre los Estados Partes sobre cuestiones de diversa índole, siendo el comienzo de un esquema procedimental dominado por Tribunales Arbitrales Ad Hoc (TAH), cuyos Laudos se encuentran en custodia de la Secretaría del MERCOSUR (SM).

Ulteriormente, con la firma del Protocolo de Olivos, que en la actualidad regula el sistema, se modificó la estructura para la solución de controversias y se perfeccionó el régimen vigente.

Se creó una instancia permanente, de actuación y reunión ante la convocatoria concreta, el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración,

que puede entender en primera y única instancia o bien como tribunal de alzada a pedido de un Estado Parte involucrado en una controversia respecto de la aplicación del derecho en un pronunciamiento anterior de un TAH.

El ámbito de aplicación del Sistema de Solución de Controversias se fracciona en dos: por un lado, los conflictos entre Estados Partes y, por el otro, los reclamos efectuados por particulares.

En el primer supuesto, la competencia del TAH o del TPR recae sobre asuntos que versen sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los Acuerdos que se celebran en su marco, así como de las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM (art. 1 Protocolo de Olivos). También prevé la posibilidad de concurrir al TPR para solicitar Opiniones Consultivas y para supuestos en los que los Estados Partes activen el procedimiento establecido para las Medidas Excepcionales de Urgencia.

Por otra parte, los reclamos de particulares pueden ser con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en ese marco, de las decisiones del CMC o de las resoluciones del GMC (art. 39 Protocolo de Olivos).

En relación con el procedimiento, el esquema de solución de controversias del MERCOSUR contemplado en el Protocolo de Olivos prevé tres niveles:

- 1) Diplomático: a través de negociaciones directas;
- 2) Institucional: mediante la intervención del GMC, que a partir de la entrada en vigor de este Protocolo es una instancia que deviene facultativa para los Estados Partes;
- 3) Arbitral: TAH y, a partir del Protocolo de Olivos, también el TPR que tiene, asimismo, competencias para resolver Opiniones Consultivas (OC). A su vez, el Protocolo admite la opción de foro; esto es, la facultad de someter su controversia al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Parte del

MERCOSUR, a elección del Estado Parte demandante. Sin perjuicio de que podrán convenir el foro ambas Partes de común acuerdo. (art. 1 inc. 2 Protocolo de Olivos).

Dentro de ese esquema, se pueden distinguir dos fases:

- Pre-contenciosa: conformada por las negociaciones directas y la mediación del GMC, en la cual los conflictos procuran resolverse mediante negociaciones directas. En caso de vencerse los plazos sin que la controversia obtenga solución, cualquiera de los Estados Partes puede iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto, o de común acuerdo entre ambos, someter la controversia a consideración del GMC.

En este último caso, el GMC evalúa la situación denunciada y da lugar a las partes para que expongan sus posiciones. Al término de esta fase el GMC efectúa las recomendaciones que estima pertinentes a los Estados Partes en la controversia tendientes a la resolución del conflicto y si no es dable arribar a una solución comienza la fase jurisdiccional.

- Jurisdiccional: representada por el proceso arbitral TAH o intervención directa y en única instancia del TPR, cuando estén concluidas las negociaciones directas y exista común acuerdo de las partes de la controversia al respecto.

IV. 2. Laudos arbitrales en materia ambiental en el MERCOSUR

La “cláusula ambiental” ha sido considerada por los tribunales mercosureños en dos cuestiones temáticas, la prohibición de importación de neumáticos remoldeados y la aplicación de obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios, que fueron tratadas en tres reclamaciones (Uruguay contra Brasil, Argentina contra Brasil, Uruguay contra Argentina) y cinco laudos (Laudos VI y VII de 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 TPR que revocó el Laudo I de TAH citado en último término y Laudo 1/2008 del TPR, en el mismo asunto). (Dernas de Clément, 2009)

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

Provincia de Buenos Aires – Argentina

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR

N° 111– AGOSTO 2018

CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445

EN LÍNEA ISSN 1850-6453

Cuadro N° 1: “Laudos Arbitrales MERCOSUR -Cláusula Ambiental”

Año	Países	Número de Laudo	Tribunal	Tema	Resolución
2002	Uruguay c/ Brasil	Laudo VI	Tribunal Arbitral Ad Hoc	“Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes de Uruguay”,	Consideró a la cláusula ambiental como una excepción.
2002	Argentina c/ Brasil	Laudo VII	Tribunal Arbitral Ad Hoc	“Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño”	Consideró a la cláusula ambiental como una excepción.
1999	Argentina c/ Brasil	Laudo I	Tribunal Arbitral Ad Hoc	"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"	Pondera las medidas establecidas en el Anexo I del TA art. 2 b) in fine, como restricciones no arancelarias.
2005	Argentina c/ Uruguay	Laudo I	Tribunal Arbitral Ad Hoc	“Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay”	La protección del medio ambiente es un principio básico para el MERCOSUR.
2005	Uruguay	Laudo I	Tribunal Permanente de Revisión	“Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay” - Recurso de Revisión	Revocó Laudo I del Tribunal Arbitral Ad Hoc.
2008	Argentina	Laudo I	Tribunal Permanente de Revisión	“Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay”	Reconfirma Laudo

Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos en:

<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/375/2/innova.front/laudos>

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

Provincia de Buenos Aires – Argentina

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR

N° 111- AGOSTO 2018

CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445

EN LÍNEA ISSN 1850-6453

El Laudo VI, fue el 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 TM. (Drnas de Clément, 2009)

Por su parte, el Laudo VII del TAH, fue 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” y estuvo integrado por los árbitros Ricardo Olivera García-Presidente-, Héctor Masnatta y Guido Fernando Silva Soares. En el mismo el Tribunal reconoce como “objeto de la controversia” “la procedencia de la excepción derivada del art. 50 del TM”. Incluso, titula al punto 9: “Excepción contenida en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980”. Es decir, consideró a la cláusula ambiental como una restricción.

En este mismo sentido, “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 1999, bajo el Título Considerandos y subtítulo Eliminación de restricciones no arancelarias” el Tribunal ha equiparado las medidas adoptadas en aplicación del Anexo I del TA art. 2 b) in fine, a las restricciones no arancelarias. (Drnas de Clément, 2009, p. 15)

Por otro lado, cabe destacar lo resuelto en el Laudo I/05 de TAH pronunciado bajo el sistema del PO, por una Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina sobre "Prohibición de importación de neumáticos remoldeados" con fecha 25 de octubre de 2005. En este caso el tribunal compuesto por los árbitros Hermes Marcelo Huck-Presidente-, José María Gamio, Marcelo Antonio Gottifredi ha señalado: “99. (...). La protección del medio ambiente es un principio básico para el MERCOSUR. Como ya se explicitó anteriormente, el Preámbulo del Tratado de Asunción y la aplicación

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

Provincia de Buenos Aires – Argentina

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR

N° 111– AGOSTO 2018

CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445

EN LÍNEA ISSN 1850-6453

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”.

Si bien esta interpretación resultaría acorde al ordenamiento regional vigente, dicho laudo fue ulteriormente revocado.

En efecto, mediante 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” del 20 de diciembre de 2005 revoca por mayoría el Laudo del TAH de referencia, olvidando totalmente los expresos términos que de la normativa mercosureña expresa. Este fue luego reconfirmado en el Laudo 1/2008 del Tribunal Permanente de Revisión.

En suma, de lo expuesto se colige que de 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 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 y no una norma general de un proceso de integración que ha dispuesto incorporar la dimensión ambiental a los mecanismos del proceso.

V. Conclusiones

Considerando el aspecto jurídico, el MERCOSUR ha sabido regular en materia ambiental un régimen jurídico de vanguardia, instrumentado en su normativa una “cláusula ambiental”.

La misma, no ha sido establecida como una restricción no arancelaria o como un mecanismo de excepción, como sí se ha efectuado en la legislación que se ha adoptado en otros bloques regionales. Por ello, se debería tener en consideración la especial naturaleza del MERCOSUR que difiere en la materia de otros procesos de integración, vgr. el europeo o el andino.

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA

Provincia de Buenos Aires – Argentina

TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR

N° 111– AGOSTO 2018

CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445

EN LÍNEA ISSN 1850-6453

En este aspecto, concuerdo con lo mencionado por Drnas de Clément (2009, p. 18) en cuanto sería recomendable ir construyendo una jurisprudencia sólida “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 Tratado de Montevideo.”

En este punto, comparto la interpretación seguida por el Tribunal en el laudo revocado, en el cual consideró a la cláusula ambiental como norma general del proceso de integración que ha dispuesto incorporar la dimensión ambiental a sus mecanismos, lo cual, a su vez, va en consonancia con los nuevos lineamientos del proceso de integración que propende la adopción de políticas tendientes al desarrollo sostenible.

En suma, los Tribunales arbitrales hasta el momento, mayormente, se han expedido desconociendo estas particularidades del régimen vigente, considerando la cláusula ambiental como una restricción al comercio o medida no arancelaria, situación que podría ser objeto de revisión en futuras controversias porque la relevancia, consideración y reconocimiento que el MERCOSUR le ha atribuido a la cuestión ambiental no debería ser soslayada por los Tribunales.

Bibliografía

ALOP (2011). *MERCOSUR 20 años. Elementos para un balance político del bloque regional. Relaciones Unión Europea–MERCOSUR: reflexiones desde la sociedad civil.* Ciudad de México – Montevideo: ALOP-CLAEH. Recuperado de: <http://www.alop.org.mx/sites/default/files/Libro-ALOP.pdf>

BID (2002). *Más allá de las fronteras. El Nuevo regionalismo en América Latina.* Washington D. C., Estados Unidos: Banco Interamericano del Desarrollo.

Centurión López, A. (2002). Restricciones No Arancelarias en el MERCOSUR”. En: *Los Nuevos Desafíos para la Integración Regional*, BID/ INTAL.

Conde Pérez, E. (1995). El Comercio Internacional y el Medio Ambiente. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, 83 (pp 49-71).

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA
Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA
Provincia de Buenos Aires – Argentina
TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR
N° 111– AGOSTO 2018
CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445
EN LÍNEA ISSN 1850-6453

Dmas De Clément, Z. (2005). *Comercio y Ambiente. Las Restricciones No Arancelarias*. Córdoba, Argentina: MEL Editor.

Dmas De Clément, Z. (2009). La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR”. Ponencia en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Enrique Ferrer Vieyra".

FLACSO (2009). *El MERCOSUR estructural. Desafíos de la integración política, social y cultural*. Buenos Aires: FLACSO.

Gajate, R. M. (2016). Rumbos políticos del MERCOSUR. Agenda y políticas de una nueva etapa. En: N. M. Mellado. (Coord. y Ed.). *Latinoamérica: inserción global e integración regional* (pp. 153-176). Córdoba, Argentina: Editorial Lerner SRL.

Gajate, R. M. (2014). La elección institucional y sus consecuencias en los procesos de Integración Regional. En: R. M. Gajate. (Ed.). *Construcción Institucional en el MERCOSUR*. La Plata, Argentina: Universidad Nacional de La Plata.

Mellado, N. B. (2009). "La Integración sudamericana entre interrogantes y teorías". En N. B. Mellado (Ed.). *MERCOSUR Y UNASUR ¿Hacia dónde van?*, Córdoba, Argentina: Ed. Lerner.

Mellado, N. B. (2009). La Integración Sudamericana. En N. B. Mellado (Ed.). *MERCOSUR Y UNASUR ¿Hacia dónde van?*, Córdoba, Argentina: Ed. Lerner.

Mellado, N. B. (Coord.) (2007). *MERCOSUR-ALCA. Articulación de las negociaciones internas y externas*. La Plata, Argentina: Edulp.

Mellado, N. B. (2002). Los modelos de ALALC, ALADI y MERCOSUR. En: O. Stahinger, A. Monsanto y E. Seselovsky (Ed.) *Integración y cooperación Atlántico-Pacífico*. Santa Fe, Argentina: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.

Mellado, N. B. (1995). El modelo del MERCOSUR. *Aportes para la Integración Latinoamericana*, (2), Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, La Plata, Argentina, pp. 7-46.

DIRECTORA: NOEMÍ MELLADO

Propietario: INSTITUTO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA
Calle 10 N° 1074 – (1900) LA PLATA
Provincia de Buenos Aires – Argentina
TEL/FAX: 54-0221-421-3202

INFORME INTEGRAR
N° 111– AGOSTO 2018
CORREO ELECTRÓNICO ISSN 1850-6445
EN LÍNEA ISSN 1850-6453

Moreira, C. A. (2012). La Protección Ambiental en los Procesos de Integración. Aportes para cubrir un déficit del MERCOSUR. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx>.

OMC-SECRETARÍA (2001). *Medio Ambiente: Una Nueva Prioridad*. Ginebra, Suiza. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey2_s.htm

UNCTAD. (2009). NON-TARIFF MEASURES: Evidence from Selected Developing Countries and Future Research Agenda. Developing countries in international trade studies. *United Nations Publication UNCTAD/DITC/TAB/2009/3*.

Witker, J. (2003). *Cláusulas Sociales y los Tratados de Libre Comercio*. Ciudad de México, México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2458/16.pdf>

Referencias Normativas:

- Acta de Buenos Aires
- Protocolo de Ouro Preto
- Protocolo de Brasilia
- Protocolo de Olivos
- Tratado de Asunción
- Tratado de Montevideo de 1980.

Referencias Electrónicas:

- MERCOSUR: <http://www.mercosur.int/>
- OMC: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envt_rules_exceptions_s.htm