


Protección ambiental y disputas comerciales: ¿déficit de eficacia o locus inadecuado?¹

Proteção ambiental e litígios comerciais: déficit de eficácia ou locus inadequado?

Raphael Carvalho de Vasconcelos* 

Ana Paula Correa de Sales ** 

* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.

** Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Brasil.

Resumen: Este artículo está dedicado a analizar las disputas comerciales relacionadas con la protección ambiental sometidas al sistema de solución de controversias del MERCOSUR y aquello de la Organización Mundial del Comercio. La investigación trae un panorama sobre las posibles dificultades para la promoción efectiva de la protección del medio ambiente en sistemas diseñados para la solución de disputas comerciales. A través del análisis de decisiones sobre casos confrontados con esos estándares, las conclusiones confirman la hipótesis de que los intereses comerciales tienden a prevalecer imponiendo un rol secundario a la protección del medio ambiente.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar as disputas comerciais relacionadas à proteção ambiental submetidas ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e àquele da Organização Mundial do Comércio. A pesquisa traz um panorama sobre as possíveis dificuldades para a efetiva promoção da proteção do meio ambiente em sistemas projetados para a solução de disputas comerciais. Por meio da análise das decisões dos casos confrontados com essas normas, as conclusões tendem a confirmar a

1 Publicado en portugués en Brasil en la *Revista Estação Científica*, 2ª ed. especial DIREITO - jan/jun 2020 – ISSN1809-046X.

* e mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

Recibido: 16/08/2022. Aceptado: 21/08/2022.



hipótese de que os interesses comerciais tendem a prevalecer, colocando a proteção ambiental em segundo plano.

Palabras clave: Protección Ambiental; Comercio internacional; Sistemas de Resolución de Disputas Internacionales.

Palavras-chave: Proteção ao Meio Ambiente; Comércio Internacional; Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais.

1. INTRODUCCIÓN

En el MERCOSUR, los temas ambientales fueron llevados directa o indirectamente a su sistema internacional de solución de controversias en varias ocasiones, pero las soluciones jurídicas encontradas para resolver las controversias estuvieron, en general, esencialmente restringidas al comercio: su principal matriz temática.

Hay varias razones por las cuales el medio ambiente es considerado solo transversalmente por cortes o tribunales internacionales. La falta de organizaciones internacionales específicas, la reducida densidad normativa y el perfil de los jueces serían ejemplos de barreras para el uso de la racionalidad ambiental por parte de los órganos jurisdiccionales internacionales.

En el presente estudio se pretende arrojar luz sobre la prevalencia de argumentos económicos en detrimento de la racionalidad ambiental en disputas directa o indirectamente vinculadas al medio ambiente en los órganos de solución de controversias de las organizaciones internacionales de comercio.

Para ello, este trabajo adoptó una metodología descriptiva y analítica, privilegiando la investigación cualitativa de carácter bibliográfico y pronunciamientos de órganos internacionales de solución de controversias.

En la primera parte del artículo, se realizó una contextualización acerca de la evolución de la protección jurídica internacional del medio ambiente y de las principales características relacionadas con esta rama del derecho. Más adelante, en la segunda parte, se analizan algunas decisiones del sistema de solución de controversias de la OMC y del sistema de arbitraje del MERCOSUR con impacto ambiental. La última parte de este estudio trata de aspectos estructurales que limitan el enfoque ambiental por parte de los sistemas jurisdiccionales internacionales.

Cumple destacar que las decisiones elegidas para ser objeto de análisis en los sistemas del MERCOSUR y de la OMC resultan de casos que involucran a Brasil en disputas comerciales y situaciones relacionadas con la protección del medio ambiente, así como de casos de otros países de relevancia mediática que tuvieron como cuestión de fondo la problemática ambiental.

2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

La protección jurídica del medio ambiente es relativamente reciente. Los primeros episodios que impactaron los medios de comunicación y despertaron el debate público internacional definitivo sobre los efectos nocivos de la explotación ambiental ocurrieron en la segunda mitad del siglo XX: casos como Torrey Canyon en 1967, Amoco Cadiz en 1978, Bhopal en 1984 y Chernobyl en 1986.

Sin embargo, problemas que tienen un alcance internacional -considerando que la contaminación producida en un país difícilmente genera un impacto únicamente en el territorio de ese Estado- hacen imposible que el Estado actúe de forma aislada. La cooperación internacional y la acción coordinada entre los miembros de la sociedad internacional es fundamental para enfrentar crisis ambientales de manera eficiente.

Los primeros tratados bilaterales que reglamentaban temas ambientales datan del siglo XIX y cuidaban de cuestiones relacionadas con la pesca y con la contaminación del agua. Las preocupaciones ambientales se centraban en una perspectiva utilitarista y antropocéntrica, como se verifica, por ejemplo, en la Convención sobre la Protección de las Aves Útiles para la Agricultura de 1902 y en el Tratado de Washington sobre la Protección de las Pieles de Foca de 1911².

El cambio de paradigma para una mayor conciencia internacional respecto a la urgencia de la protección del medio ambiente resultó en la adopción en 1972 de la Declaración de Estocolmo por parte de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, cuyos principios fueron progresivamente incluidos en las legislaciones nacionales y profundizados en otros instrumentos internacionales posteriores.

Uno de los principales desafíos que deben ser enfrentados para una protección jurídica más eficiente del medio ambiente es la problemática relación entre la protección ambiental y la necesidad de desarrollo económico. El proceso de industrialización y de modernización de las sociedades está frecuentemente vinculado a un aumento exponencial del impacto ambiental, considerando que no todos los Estados están dispuestos -o tienen condiciones materiales- para desarrollarse utilizando únicamente tecnología "limpia", que tiende a ser más costosa y económicamente limitada³.

Por otro lado, también se destaca el problemático binomio que vincula la pobreza y el crecimiento acelerado de la población con la devastación ambiental y el agotamiento de los recursos naturales.

Considerando las diferencias en términos de desarrollo económico entre los Estados, estos instrumentos internacionales consagran el

2 AMARAL JR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 563.

3 *Ibid.*, p. 565.

principio de responsabilidad común, pero diferenciada: otorgando mayores obligaciones a los países desarrollados en la protección y conservación de los recursos naturales.

En este sentido, se destacan los principios de la Declaración de Estocolmo de 1972 que establecen, por un lado, la premisa de que “el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida (principio 8)” y, de otro lado, el derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos (principio 21).

El enfoque de la protección prevista en estos instrumentos internacionales se basa en la idea de equilibrio: “el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo” (Principio 2 – Declaración de Río, Conferencia de la ONU sobre medio ambiente y desarrollo 1992) y el Principio 3 que establece que “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.”.

2.1. Características generales de las normas ambientales internacionales

Al igual que otras ramas del derecho internacional, la protección internacional del medio ambiente está garantizada por sus fuentes clásicas (tratados, costumbres, principios generales del derecho, normas de organizaciones internacionales).

Sin embargo, las estructuras habituales de regulación internacional no siempre se adaptan al dinamismo exigido para la protección del medio ambiente. La inflexibilidad de los procedimientos de alteración no se encaja en una realidad en constante cambio. Las fuentes convencionales tradicionales no parecen capaces de regular adecuadamente las cuestiones ambientales durante un período más largo sin la necesidad de que, a intervalos regulares, se realicen adaptaciones debido a, por ejemplo, circunstancias previamente desconocidas⁴.

Como rama reciente del derecho, la protección internacional del medio ambiente tiene características bastante sobresalientes, tales como: los actores no estatales tienen un rol más relevante de lo habitual; existe una fuerte presencia del *soft law*; y el principio de prevención tiene un carácter más relevante en las normas⁵.

Consideradas las características fundamentales de los temas ambientales, es práctica común que los Estados adopten instrumentos

4 *Ibíd.*, p. 578.

5 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 1299.

convencionales conocidos como Convenio Marco, los cuales establecen principios que sirven de base para la cooperación estatal en un dominio determinado, dejando abiertas las modalidades de cooperación para reglamentación por medio de acuerdos específicos⁶.

Se trata, así, de un claro modelo de negociación continua.

Los convenios marco establecen obligaciones generales y, al mismo tiempo, determinan el procedimiento para un nuevo protocolo, a ser suscrito en fecha posterior, para ordenar obligaciones específicas. Es común, en este tipo de instrumentos, que existan anexos o apéndices con disposiciones técnicas sobre solución de controversias e intercambio de información, con listados de especies, sustancias o actividades reglamentadas⁷.

Otro medio importante de protección internacional del medio ambiente son los mecanismos del *soft law*, entendidos como actos y contenidos normativos que no tienen carácter obligatorio. Es decir, los instrumentos de *soft law* son “fuentes de baja intensidad”, considerando la influencia que ejercen sobre las elecciones de los Estados, aunque no tengan la fuerza suficiente para imponer conductas o sanciones en contra a los actores internacionales⁸.

Este mencionado poder de influencia y persuasión estatal de la *soft law* se presenta, por ejemplo, en resoluciones, conclusiones o lineamientos y normas técnicas para la interpretación de convenios existentes. Son lineamientos que, aunque no obliguen a sus destinatarios, establecen prácticas adoptadas en las operaciones económicas -por ejemplo, las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)- o incluso las prácticas adoptadas por corporaciones privadas globales que estandarizan actividades para, incluso, reducir los riesgos de eventual responsabilidad ambiental.

3. MERCOSUR

El Mercado Común del Sur - MERCOSUR - es una organización internacional creada el 26 de marzo de 1991, cuando los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron en Asunción, capital de Paraguay, un tratado que establecía reglas, principios, objetivos y un calendario para promover el libre comercio entre sus mercados.

La organización ganó personalidad jurídica formalmente tres años después, cuando el Protocolo de Ouro Preto estableció su estructura institucional. Si bien el MERCOSUR no tenía personalidad jurídica internacional en su estructura original, en su primer año de existencia ya contaba con un sistema jurisdiccional formalmente establecido para la solución de controversias.

6 Ídem.

7 AMARAL JR, Alberto do. Op. cit., 579.

8 AMARAL JR, Alberto do. Op. cit., p. 602.

El Protocolo de Brasilia, firmado en diciembre de 1991, estableció una primera fase diplomática obligatoria basada en negociaciones directas, la posibilidad de intervención del Grupo Mercado Común como una segunda etapa política para la solución del conflicto y, por fin, el envío del reclamo al procedimiento arbitral previsto.

El Protocolo de Olivos de 2002 para la solución de controversias en el MERCOSUR introdujo cambios sustanciales para perfeccionar el sistema regional. Los pasos diplomáticos y políticos básicos previstos en el Protocolo de Brasilia se mantuvieron sin cambios, pero la estructura jurisdiccional presentó algunas innovaciones importantes. La creación de un órgano permanente - el Tribunal Permanente de Revisión - TPR - para revisar los laudos de los tribunales ad hoc y para emitir opiniones consultivas fue el cambio más impactante y significativo.

El sistema de solución de controversias del MERCOSUR tiene dos tipos de facultades: una contenciosa y otra consultiva. En cuanto a la jurisdicción contenciosa, el sistema está estructurado para decidir controversias entre los Estados miembros de la organización regional. También existen disposiciones sobre la participación de las personas en el sistema, pero sólo a través de un mecanismo claramente estructurado con signos y formato de protección diplomática. Al respecto, es muy importante señalar que los particulares no tienen acceso directo al sistema de solución de controversias del MERCOSUR.

Desde la entrada en vigor del Protocolo de Olivos existen dos instancias de arbitraje en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR. Además de la instancia ad hoc, que ya existía en el antiguo régimen del Protocolo de Brasilia, el TPR asumió, a partir de 2002, la posición de última instancia de la estructura jurisdiccional del MERCOSUR.

El sistema de Olivos establece tres procedimientos principales y una medida accesorio. El procedimiento común es el más importante instrumento para resolver una disputa entre los Estados miembros. Para el caso de controversias que involucren bienes percederos, el tratado creó la posibilidad de concesión de una medida provisional accesorio para evitar pérdidas en el curso del procedimiento jurisdiccional ordinario.

Si la controversia no involucra cuestiones permanentes de derecho y se refiere, por ejemplo, exclusivamente a productos percederos, el Estado interesado puede presentar, directamente al TPR, escritos para un “procedimiento excepcional de urgencia” que deberá ser solucionado por los miembros del tribunal en 10 días.

En cuanto a la competencia consultiva del sistema, se observa que esta, al igual que la del procedimiento excepcional de urgencia, es ejercida exclusivamente por el TPR. En paralelo a la legitimación activa de los órganos decisorios, de los Estados en su conjunto y del Parlamento del MERCOSUR, los Tribunales Superiores de los Estados Miembros también pueden, con base en sus normas internas, enviar consultas al TPR.

3.1. Casos en materia ambiental sometidos al sistema de solución de controversias del MERCOSUR

Desde 1991 fueron emitidos veintiséis laudos por los tribunales ad hoc y por el TPR en el marco del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR: quince de tribunales ad hoc en el marco del Protocolo de Brasilia y once ya en la vigencia del Protocolo de Olivos -dos laudos ad hoc, seis del TPR y tres opiniones consultivas.

Para este artículo, fueron elegidos dos pronunciamientos jurisdiccionales del sistema de solución de controversias del MERCOSUR que directa o indirectamente, en los hechos o en el derecho aplicado, se refieren al medio ambiente: 1. Laudo 06 Ad Hoc - Controversia presentada por la República Oriental del Uruguay contra la República Federativa del Brasil sobre la prohibición de importar neumáticos reacondicionados desde Uruguay; y 2. Laudo 02/2006 TPR - Recurso de Revisión presentado por la República Argentina contra la decisión del Tribunal Arbitral Ad Hoc, de 21 de junio de 2006, sobre los impedimentos impuestos a la libre circulación por barreras en territorio argentino de vías de acceso a puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas.

El laudo sobre la importación de neumáticos reacondicionados de Uruguay a Brasil fue elegido porque involucra directamente al Estado brasileño. Este punto merece ser remarcado principalmente en razón de la existencia de otros pronunciamientos del sistema de solución de controversias del MERCOSUR sobre neumáticos respecto a conflicto similar entre Uruguay y la República Argentina.

Con respecto al laudo sobre las barreras en los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, su mención se justifica a los efectos de este estudio porque sus fundamentos están esencialmente vinculados al medio ambiente, al menos en apariencia y conforme los argumentos de hecho planteados por las partes en la controversia.

En el MERCOSUR, la disputa relacionada a la libre circulación en el caso de los puentes se centró en la repercusión comercial de los bloqueos realizados por manifestantes argentinos que se oponían a la instalación de papeleras transnacionales en el lado uruguayo del río Uruguay y, fundamentalmente, en la falta de respuesta del gobierno argentino a estas acciones. Los manifestantes justificaban sus acciones oficialmente por argumentos ambientales, pero el contexto de fondo de la disputa era también relacionado con las inversiones directas realizadas⁹.

En los escritos de presentación y respuesta, ninguna de las partes se refirió al medio ambiente. La República Argentina, de hecho, mencionó a los

9 CARDOSO, Tatiana de A. F. R.. "O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguaí." In: MENEZES Wagner; MONCHEN B, Valesca Raizer . WINTER C, Luiz Alexandre (Orgs.). *Direito internacional*. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, 2013, pp. 299-326. p. 304.

derechos humanos, pero no trató directamente del tema ambiental. El TPR decidió, por fin, en base a la lógica comercial y así analizó a los bloqueos en el marco del principio de la libre circulación. En esta controversia, el medio ambiente fundamentaba varios argumentos en el origen del conflicto, pero los hechos fueron juzgados según sus reflejos económicos y comerciales¹⁰.

En un contexto bastante investigado en el marco de los estudios relacionados con la fragmentación del derecho internacional, la controversia también fue llevada a la Corte Internacional de Justicia a partir de una indicación expresa del Estatuto del Río Uruguay. A diferencia de lo ocurrido en el MERCOSUR, el tema ambiental tuvo una centralidad argumentativa y dio lugar a solicitudes de medidas provisionales por ambas partes de la controversia, que no fueron atendidas por la Corte.

En cuanto al fondo, a pesar de haber sido reconocido por la Corte de la Haya que la República Oriental del Uruguay no cumplió con los requisitos del Estatuto del Río Uruguay en relación con los estudios de impacto ambiental de emprendimientos industriales, no impuso sanción al Estado uruguayo por considerar no haber sido comprobado el posible daño ambiental.

En el caso del Laudo Ad Hoc 06 sobre la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil sobre la prohibición a la importación de neumáticos reacondicionados desde Uruguay, el núcleo argumentativo -tanto fáctico como jurídico- se centró en la libertad de circulación de bienes y en las excepciones admitidas como limitaciones a esa libertad.

Si bien el medio ambiente estaba presente en los argumentos de fondo, los escritos de las partes -incluso el escrito brasileño, lo que puede ser señalado como un error estratégico- y el laudo del tribunal ad hoc plasmaron exclusivamente la narrativa comercial centrada en las barreras al libre comercio¹¹.

4. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La OMC es una organización internacional con personalidad jurídica cuyo objetivo es promover la expansión del comercio mundial. Para ello, cuenta con una amplia normativa que resulta de décadas de negociaciones comerciales multilaterales y con un eficiente sistema de solución de controversias. La organización fue creada al final de la Ronda Uruguay de negociaciones entre 1986 y 1994 e incorporó todos los documentos negociados en el marco del GATT desde 1947 hasta la fecha de su creación.

El marco regulatorio de la OMC prevé un mecanismo de solución de controversias manejado por el Órgano de Solución de Diferencias - OSD - que

¹⁰ *Ibid.* p. 310.

¹¹ SAVIO, Adriana Macena S. "O caso dos pneus perante a OMC e o MERCOSUL". *Universitas: Relações Internacionais*, Brasília, vol. 9, nº. 1, p. 349-370, jan./jun. 2011. p. 358.

es una especialización funcional del Consejo General de la OMC y tiene las siguientes atribuciones: autorizar la creación de paneles, aprobar el informe elaborado por los paneles y el Órgano de Apelación, supervisar la ejecución de las recomendaciones sugeridas por los paneles y por el Órgano de Apelación y autorizar la suspensión de concesiones comerciales¹².

En resumen, se puede decir que el sistema de solución de controversias de la OMC comienza con consultas (fase de negociación previa a la propia controversia) entre las partes para intentar un acuerdo. Si esto no es posible, se inicia un panel integrado por tres especialistas (Grupos Especiales), quienes son los encargados de producir un informe sobre la solución de la controversia. El panel es la primera fase contenciosa donde se discuten cuestiones de hecho y de derecho en relación con el caso presentado¹³.

También es posible apelar ante un Órgano de Apelación. El recurso es la segunda fase contenciosa en la que es posible revisar cuestiones de derecho o discutir la interpretación de la decisión del Grupo Especial. Una vez dictada la resolución, se otorga un plazo para su ejecución. En caso de incumplimiento, el interesado podrá solicitar autorización para adoptar represalias comerciales contra el miembro de la organización que cometió el ilícito.

El OSD de la OMC es uno de los sistemas internacionales de solución de controversias más activos y eficientes que existen, con un volumen de disputas por año superior a aquel de la Corte Internacional de Justicia y con una tasa de efectividad que supera el 75% de las decisiones, según la propia OMC. El tiempo promedio para finalizar los litigios presentados ante la OSD es de 18 meses y puede llegar a los tres (3) años en casos de represalias comerciales¹⁴.

Otra característica destacable es que la jurisdicción de la OMC es obligatoria, lo que significa que la OMC no acepta la exclusión de su competencia, los miembros no tienen la prerrogativa de no aceptar participar en una determinada disputa.

En relación a su competencia "*ratione personae*", sólo los miembros tienen capacidad para postular, esto excluye la participación directa de las empresas transnacionales (que suelen ser las principales partes interesadas en la solución de la disputa). Sin embargo, es común que ofrezcan apoyo legal experto y apoyo financiero a los miembros involucrados. Con respecto a la competencia "*ratione materiae*" se trata de discusiones sobre violaciones o incumplimiento de los acuerdos de la OMC.

12 AMARAL JR, Alberto do. Op. cit., p. 435.

13 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 430.

14 *Ibid.*, p. 432.

4.1. Casos relacionados con cuestiones ambientales presentados al sistema de solución de controversias de la OMC

La OMC es una organización internacional que fue creada con el objetivo de garantizar el flujo de comercio y evitar que los Estados impongan barreras (como cuotas o restricciones cuantitativas) para dificultar el flujo comercial internacional. El objetivo de incremento y de facilitación de los intercambios comerciales ha estado presente desde los inicios del GATT.

La regla del artículo XX del GATT establece la posibilidad de excepciones generales al régimen establecido. Así, las disposiciones del Acuerdo no deben impedir la adopción de medidas para proteger, por ejemplo: la moral pública y la salud humana, animal o vegetal; tesoros artísticos e históricos; los recursos naturales agotables y la garantía de los bienes de primera necesidad.

En este sentido, las previsiones contenidas en las excepciones generales ilustran la influencia de la agenda ambiental en la OMC. Sin embargo, el argumento de la protección del medio ambiente cuando utilizado para la adopción de medidas que dificultar el comercio no puede convertirse en una forma disfrazada de proteccionismo. La prohibición de ese tipo de maniobra queda clara a partir de una lectura atenta del preámbulo del propio artículo XX: “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”.

El reclamo presentado por India, Pakistán, Malasia y Tailandia contra los Estados Unidos (caso del camarón-tortuga), es un ejemplo de controversia en el marco del debate entre medio ambiente y comercio. El mencionado grupo de países asiáticos se insurgió en contra a la prohibición estadounidense de importación de determinados langostinos. El propósito alegado para la prohibición era la protección de las tortugas marinas y las autoridades estadounidenses fundamentaron la decisión en la Ley de Especies en Peligro de Extinción de los Estados Unidos de 1973 que enumeraba cinco especies de tortugas marinas en peligro o amenazadas y exigía que las redes utilizadas para la pesca del camarón tuvieran dispositivos que protegieran las tortugas. El artículo 609 de la Ley 101-102 de 1989 se refiere a las importaciones de camarones, estableciendo que los camarones pescados con tecnologías que presentasen riesgo a las tortugas marinas no podrían ser importados por los Estados Unidos¹⁵.

Al juzgar el caso, el Órgano de Apelación consideró que, si bien es legítimo imponer restricciones comerciales con el fin de proteger el medio ambiente, esto estaría permitido siempre que se cumplan ciertos principios

15 PIFFER, Carla. “Comércio internacional e meio ambiente: a Organização Mundial do Comércio como *locus* de governança ambiental”. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, jan/jun. 2011, vol.8 nº15, p.111-132, *passim*.

como el de la no discriminación. Finalmente, el órgano consideró que los Estados Unidos había establecido una restricción incompatible con el artículo XI del Acuerdo General, no respaldada por el artículo XX, considerando que no cumplió con los requisitos impuestos en el preámbulo de este último.

Se trata de una restricción impuesta a partir del argumento de salvaguardar especies marinas fuera del territorio estadounidense. Sucede que la medida no se tomó de manera no discriminatoria, mientras que brindó a los socios comerciales del norte, como a Canadá, un trato más ventajoso que aquél impuesto a los países asiáticos. Sobre este tema, Amorim afirma que:

Ocorre, frequentemente, que as medidas que restringem o comércio são consideradas negativas ou ineficazes para a proteção do meio ambiente, sobretudo se desacompanhadas de instrumentos “positivos” voltados para a implementação dos compromissos ambientais, tais como cooperação técnica ou investimento em capacitação. Os casos “atum-golfinho” e “camarão-tartaruga”, envolvendo EUA e México, e EUA e um grupo de países asiáticos, respectivamente, constituem exemplos de extraterritorialidade de uma medida ambiental no campo do comércio internacional. *Em ambos os casos, questiona-se a efetividade da medida de restrição comercial sobre os recursos naturais que se busca preservar, já que a captura de golfinhos e tartarugas, pelos países atingidos pelo embargo, continuou nos níveis anteriores à imposição das medidas.*

Otro caso importante en el sistema de solución de controversias de la OMC en materia ambiental es el caso de los neumáticos. Se trata de una controversia entre Brasil y la Comunidad Europea presentada ante la OMC en 2005, que discutió la prohibición de importaciones de neumáticos remoldados por parte de Brasil. Los países europeos alegaron que sus empresas eran perjudicadas por no poder exportar neumáticos usados a Brasil. También se alegó que Brasil dispensó trato discriminatorio al abrirse a las importaciones de neumáticos usados de países del MERCOSUR manteniendo la restricción en relación a otros países¹⁶.

La Comunidad Europea alegó que Brasil violó los principios de la no discriminación y del trato nacional, y también el principio de eliminación general de restricciones cuantitativas. Brasil, por su parte, planteó que actuaba de conformidad con las prerrogativas otorgadas por el GATT a través de las excepciones relativas a la protección de la salud y la vida de las personas y los animales y la preservación de las plantas (artículo XX, b) de la GATT) y

16 AMARAL FILHO, Alexandre José Mattos do; CHEREM, Giselda da Silveira. “A aplicação dos princípios da OMC a partir da análise do caso dos pneus usados importados pelo Brasil”. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI*. 1º Trimestre de 2014, vol. 5, n°1, p. 01-28, p. 13.

de la excepción sobre uniones aduaneras -que correspondería al MERCOSUR (artículo XXIV del GATT)¹⁷.

Considerando el resultado obtenido en el informe emitido por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación, se puede decir que el reclamo brasileño de proteger el medio ambiente y la salud de la población no prevaleció, consideradas las múltiples decisiones de tribunales internos dictadas durante la disputa que hicieron posible la importación de este tipo de neumáticos. Así, el órgano consideró que los argumentos brasileños, aunque relevantes en relación con el objeto de las excepciones generales, representaban, al final, “disfraces de proteccionismo”, prevaleciendo así la aplicación de los principios del trato nacional y de la no discriminación.

5. EL PERFIL DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EL MANDATO DE LOS MIEMBROS Y OTROS ASPECTOS SUBJETIVOS.

Un sistema de solución de controversias está vinculado a un conjunto de reglas -aun cuando no sea parte de la estructura de una organización internacional. La tarea jurisdiccional de dar eficacia al derecho aplicándolo a los hechos analizados se inserta en marcos jurídicos específicos, es decir, en límites -por regla generales- bien delimitados para la competencia material.

Los límites mencionados pueden ser: 1. Naturales, o tácitos, cuando simplemente extraídos de los tratados y del derecho derivado de las organizaciones internacionales; 2. expresos, cuando los sujetos de derecho internacional los fijan de manera detallada cuando establecido el mandato de las cortes o tribunales; o 3. cuando los propios órganos jurisdiccionales. en el ejercicio de sus funciones, indican su competencia aplicando el principio de kompetenz-kompetenz¹⁸.

La posibilidad de abordaje de un tema específico, presentado como hecho ante un tribunal o corte o utilizado como propuesta de base legal para la toma de decisiones, depende de la admisión de una determinada narrativa por parte del sistema de solución de controversias. Así, un tribunal arbitral creado para resolver disputas comerciales se somete a un conjunto de límites y de dificultades para resolver controversias relacionadas con los derechos humanos. Lo contrario es absolutamente cierto también.

Los temas ambientales están incluidos, también, en esta lógica. Un tribunal o corte internacional sólo puede conocer de una controversia de carácter ambiental a partir de parámetros ambientales si, en primer lugar, existir competencia formal para apreciar el caso concreto y, en cuanto al derecho, si existieren normas dentro de su competencia material que regularmente el tema.

17 *Ibíd.*, p. 14.

18 OLIVEIRA, Henrique Silva. *Considerações sobre o princípio Kompetenz-Kompetenz na lei de arbitragem*. Trigueiro Fontes Advogados: Curitiba, 2005.

Una organización internacional creada en el marco de la racionalidad comercial, por ejemplo, sólo ultrapasa los límites del mercado en la medida en que existan disposiciones sobre otros temas, paralelos al tema principal reglamentado en sus normativas. En el caso específico del MERCOSUR, aunque el Tratado de Asunción sugiera atención a la perspectiva ambiental al consagrar la sustentabilidad en su preámbulo, no existe hoy en el orden jurídico de esa organización internacional un conjunto normativo consolidado sobre el tema que permita aplicarlo como racionalidad predominante por el sistema de solución de controversias¹⁹.

Confrontados con la falta de disposiciones y normas sobre una determinada materia, los órganos jurisdiccionales tienen medios para responder utilizando principios, analogías y métodos alternativos para decir el derecho y resolver los conflictos.

Sin embargo, específicamente en el contexto internacional, las opciones disponibles son bastante limitadas. Por un lado, la propia estructura del sistema presenta obstáculos políticos que dificultan la efectividad de los pronunciamientos. Una corte o un tribunal internacional puede, en teoría, hacer efectivo el derecho en todas sus dimensiones, pero los destinatarios, especialmente los Estados soberanos, deben aceptar la decisión para que la eficacia se concrete. Existen, así, limitaciones estructurales generales a la aplicación del derecho por parte de los sistemas internacionales de solución de controversias.

Además de la limitación general señalada, el modelo de solución de controversias adoptado por el tribunal o corte internacional puede indicar una restricción aún mayor de sus pronunciamientos a la extracción de normatividad en detrimento de la concreción del derecho. En este sentido, la estructuración de un sistema en el marco arbitral refleja la clara voluntad de los sujetos de derecho internacional de limitar la competencia jurisdiccional del órgano de solución de controversias a lo expresamente establecido en sus tratados. Un sistema de arbitraje no permite a los miembros del tribunal que desarrollen conclusiones jurídicas más allá del texto de los tratados. El árbitro debe observar los hechos que se le presentan y reconducirlos al tratado previamente celebrado por las partes²⁰.

Las cortes internacionales, por su parte, tienen un mandato más amplio y, ejerciendo una jurisdicción de carácter judicial, puede desarrollar el derecho de forma más libre con base a principios generales, por ejemplo. El arbitraje limita, de hecho, la posibilidad de concreción, pero retira de los

19 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. "Socio-environmental Disputes within MERCOSUR: Lack of a More Meaningful Cooperation". *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, vol. 14, p. 476-497.

20 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "O TPR e o MERCOSUL: os 15 Anos do Feador do Direito Regional". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2019, año 7, n°14, p. 84-96.

árbitros la responsabilidad por la efectividad del laudo. Los jueces de las cortes internacionales, por su parte, tienen la posibilidad de tornar el derecho más efectivo, pero su actuación – cuando irresponsable- puede amenazar la efectividad de sus decisiones cuando el destinatario entiende haber exceso de concreción.

Más allá de las discusiones respecto al alcance de la competencia material de un determinado órgano jurisdiccional a la luz del contenido de sus tratados, merece atención el perfil profesional de los integrantes de las cortes y tribunales internacionales. La conformación de órganos colegiados debe considerar el perfil profesional de los indicados. Un miembro del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o del MERCOSUR suele ser designado por su vinculación temática profesional con temas de comercio internacional, mientras que el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos suele ser elegido por su trayectoria en temas relacionados con la protección del ser humano.

No se puede decir, por supuesto, que el integrante de un sistema jurisdiccional de protección de derechos humanos no estaría habilitado a decidir adecuadamente los litigios relacionados con el comercio internacional, pero la vinculación profesional que motivó su elección para el cargo puede indicar falta de conocimiento del tema.

En relación con la protección internacional del medio ambiente, las limitaciones antes mencionadas se vuelven aún más comprometedoras. Esto se debe a que, por un lado, no existen órdenes normativos internacionales exclusivos para tratar del medio ambiente y tampoco sistemas específicos de solución de controversias -arbitrales o judiciales-.

Por otro lado, cuando las cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente aparecen en litigios o cuando surge la necesidad de utilizar la escasa normativa ambiental internacional, la falta de experiencia reduce también la penetración del derecho ambiental en los sistemas de solución de controversias.

La clave para la comprensión de la dificultad para que el tema ambiental sea incorporado al discurso de los órganos jurisdiccionales internacionales estaría, así: en la falta de organizaciones internacionales estrictamente vinculadas al medio ambiente; en la ausencia de normativa directamente relacionada con el tema en la mayoría de los sistemas jurídicos internacionales existentes; en el perfil profesional de los miembros de los órganos de solución de controversias.

CONSIDERACIONES FINALES

La protección ambiental y los temas comerciales no se comunicaban en el derecho internacional hasta principios de los años 90, cuando no se concebía, por ejemplo, el uso del argumento de las salvaguardas ambientales en disputas comerciales. La protección ambiental era entendida, en diferentes

momentos, como un obstáculo para el desarrollo, especialmente en el caso de los países menos desarrollados.

En la actualidad, existe consenso respecto al carácter difuso de la necesidad de protección del medio ambiente y la sociedad internacional tiene obligaciones jurídicas y debe actuar en conjunto buscando resultados para la efectiva protección.

Las alegaciones relacionadas con la protección del medio ambiente son, sin embargo, todavía muchas veces interpretadas por los órganos técnicos de solución de controversias de las organizaciones internacionales de carácter comercial como herramientas proteccionistas para la imposición de barreras al comercio.

Las razones de este fenómeno se relacionan con el perfil de los jueces de estos órganos, pero tampoco un órgano estructurado para la solución de controversias internacionales parece ser el locus adecuado para la discusión de temas que requieren una acción conjunta y colaborativa de los Estados en materia ambiental.

Es innegable la creciente importancia que organismos internacionales como la OMC y el MERCOSUR le han dado al medio ambiente y la constante evolución de la sensibilización de los propios Estados en relación al tema. Sin embargo, los órganos de solución de controversias de organizaciones internacionales de naturaleza comercial no entregan la eficacia deseada (o esperada) a la protección del medio ambiente en el marco de los principios y normas que rigen la promoción del comercio internacional.

CONFLICTO DE INTERÉS Y FINANCIAMIENTO

Ambos autores declaran no presentar ningún tipo de conflicto de interés y no cuentan con apoyo financiero para su elaboración.

CONTRIBUCIONES DE LOS AUTORES

Fue elaborado con división de los temas tratados, por lo tanto cada uno de los autores realizó un aporte del 50%, es decir en forma equitativa en todas sus partes, por lo tanto constituyen contribuciones individuales y la versión final tiene la aprobación de ambos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL FILHO, Alexandre José Mattos do; CHEREM, Giselda da Silveira. "A aplicação dos princípios da OMC a partir da análise do caso dos pneus usados importados pelo Brasil". *Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI*. 1º Trimestre de 2014. vol 5, nº1, p. 01-28.

AMARAL JR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2013.

AMORIM, Celso. Comércio e Meio Ambiente. *Revista do TCU*, nº 100 (edição comemorativa), Brasília, abr/jun. 2004, p. 28-33.

CARDOSO, Tatiana de A. F. R.. “O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguaí..” .In: MENEZES Wagner; BORGES MOSCHEN Valesca Raizer; WINTER, Luiz Alexandre C. (Orgs.). *Direito internacional*. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, 2013, pp. 299-326.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

OLIVEIRA, Henrique Silva. *Considerações sobre o princípio Kompetenz-Kompetenz na lei de arbitragem*. Trigueiro Fontes Advogados: Curitiba, 2005.

PIFFER, Carla. “Comércio internacional e meio ambiente: a Organização Mundial do Comércio como *locus* de governança ambiental”. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, jan/jun. 2011, vol 8 nº15, p.111-132.

SAVIO, Adriana Macena S. “O caso dos pneus perante a OMC e o MERCOSUL”. *Universitas: Relações Internacionais*, Brasília, jan./jun. 2011, vol 9, nº 1, p. 349-370.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2014.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. “Socio-environmental Disputes within MERCOSUR: Lack of a More Meaningful Cooperation”. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, vol. 14, p. 476-497.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “O TPR e o MERCOSUL: os 15 Anos do Fiador do Direito Regional”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2019, Año7, nº14, p. 84-96.



Environmental protection and commercial disputes:
efficiency deficit or inappropriate locus?

Abstract: This article aims to analyze trade disputes related to environmental protection submitted to the dispute settlement system of MERCOSUR and to that one of the World Trade Organization. The research brings an overview on the possible difficulties for the effective promotion of the protection of the environment in systems designed for the solution of trade disputes. Through the analysis of decisions on cases confronted with those standards, the conclusions tend to confirm the hypothesis that trade interests tend to prevail pushing environmental protection a secondary role.

Keywords: Environmental Protection; International Trade; International dispute settlement systems.



Protection de l'environnement et litiges commerciaux : Déficit d'efficacité ou locus insuffisant ?

Résumé: Cet article est consacré à l'analyse des différends commerciaux liés à la protection de l'environnement exposés au système de règlement des différends du MERCOSUR et de l'Organisation mondiale du commerce. La recherche apporte un aperçu des difficultés pour la promotion efficace de la protection de l'environnement dans les systèmes possibles conçus pour la solution des litiges commerciaux. A travers l'analyse des décisions rendues sur des dossiers confrontés à ces normes, les conclusions confirment l'hypothèse selon laquelle les intérêts commerciaux tendent à prévaloir imposant un rôle secondaire à la protection de l'environnement. cas de rupture par un État partie ne soient pas établis.

Mots-clés: Protection environnementale; commerce international; Systèmes internationaux de règlement des différends

RESUMEN BIOGRÁFICO

Raphael Carvalho de Vasconcelos: Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Profesor de Derecho Público de la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Maestría y Doctorado por la USP. Maestría y Doctorado por la UERJ. E-mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

Ana Paula Correa de Sales: Profesora Adjunta de Derecho Internacional de la UERJ e de Derecho Constitucional de la Universidade Estácio de Sá. Investigadora del Programa Pesquisa Produtividade (UNESA). Doctorado por la Universidad de Salamanca. Coordinadora del Curso de Derecho de la Universidade Estácio de Sá. E-mail: sales.ana@estacio.br