

LIBRE CIRCULACIÓN DE  
BIENES Y PROTECCIÓN  
AMBIENTAL EN UN  
ESPACIO INTEGRADO:  
aproximación preliminar  
del problema

*Martha Lucía Olivar Jimenez*

*El fenómeno de la integración regional aparece en Europa en los años cincuenta y en América Latina en los sesenta como una forma de cooperación más fuerte entre Estados para la realización de objetivos comunes y el fortalecimiento externo de los mismos. El gran desafío de un mercado integrado consiste en compatibilizar los fines del desarrollo y crecimiento económico con la defensa del medio ambiente. El derecho internacional contemporáneo presenta una tendencia reciente hacia la conciliación de estos dos intereses aparentemente opuestos y en el marco de la integración los esfuerzos en esse sentido deben ser mayores. Así es importante examinar la experiencia europea en este ámbito y también los esfuerzos realizados en el proceso integracionista del Cono Sur.*

<sup>1</sup> De acuerdo con el eminente jurista argentino Julio A. Barberis es posible deducir que una entidad es sujeto del Derecho de gentes del hecho de que ella sea titular, de manera directa y efectiva, de un derecho o de una obligación en el orden internacional. Esa es pues la esencia de la personalidad jurídica internacional: la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones frente a tal orden jurídico. BARBERIS, Julio A. La personnalité juridique internationale. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Tome 235, 1992, IV, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, ps. 149-304.

<sup>2</sup> Defendimos esta idea anteriormente en "El establecimiento de una política común de protección al medio ambiente - su necesidad dentro de un mercado común". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 10, setembro 1994, ps. 100-119. Artículo publicado igualmente en la colección *Estudos da Integração* (7º volume), Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994, ps. 9-55.

<sup>3</sup> Podemos constatar esa tendencia principalmente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio y del acuerdo GATT. Sobre esta cuestión consultar entre muchos otros: PALMENTER, David. "Environment and trade: much ado about little?" en: *Journal of World Trade*, v. 27, n. 3, junio 1993, ps. 3-70; CHARNOVITZ, Steve. "Environmentalism confronts GATT rules - Recent developments and new opportunities", en: *Journal of World Trade*, v. 27, n. 2, abril 1993, ps. 3-53; PATTERSON, Eliza. "GATT and the environment - Rules changes to minimize adverse trade and environmental effects" en: *Journal of World Trade*, v. 26, n. 3, junio 1992, ps. 99-109.

El Tratado de Asunción, firmado el 26 de marzo de 1991, representó el inicio de una nueva etapa en el ámbito de las relaciones internacionales entre los cuatro países miembros al establecer como objetivo fundamental la constitución de un mercado común. Como bien lo establece el artículo 1º la libre circulación de mercancías al interior de la subregión es uno de los pilares esenciales de tal programa. La justificativa a tan ambiciosa iniciativa se encuentra en el preámbulo de ese instrumento internacional: "la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social". Ciertas condiciones son establecidas, por el propio preámbulo, en la búsqueda de las finalidades consagradas: "ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía...".

En diciembre de 1994 en la ciudad de Ouro Preto fué concluído, por Decisión del Consejo Mercado Común, el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur. Tal instrumento internacional complementaría el Tratado Constitutivo, plasmando en muchos aspectos la práctica del periodo de transición y creando una organización internacional al dotar de personalidad jurídica al Mercosur en su capítulo II.<sup>1</sup>

Aún cuando en el cuerpo de estos dos tratados no existan disposiciones específicas sobre la armonización de legislaciones relativas a la protección del medio ambiente o al establecimiento de una política ambiental común en esa área, en un futuro próximo - si los objetivos consagrados por dichos instrumentos internacionales son mantenidos - acciones en estos dos sentidos serán necesarias, pues eventualmente las reglas de protección ambiental nacionales podrán convertirse en obstáculos no sólo a la libre circulación de bienes, mas a la realización de las otras libertades que son propias de un mercado integrado.<sup>2</sup> El análisis de la experiencia europea, a la cual haremos especial referencia, ya que es imposible no hacerlo al hablar de integración regional, confirma plenamente tal afirmación.

El gran desafío de un mercado integrado consiste en compatibilizar los fines del desarrollo y crecimiento económico con la defensa del medio ambiente. El derecho internacional contemporáneo - cuya esencia es incentivar la cooperación entre los distintos sujetos de la comunidad internacional - presenta una tendencia reciente hacia la conciliación de estos dos intereses aparentemente opuestos.<sup>3</sup> En el marco de la integración es de vital

importancia la existencia de una firme voluntad política por parte de los Estados miembros para la realización de un desarrollo verdaderamente “sustentable” en el sentido consagrado por los acuerdos firmados en la Conferencia de las Naciones Unidas en Río de Janeiro sobre Medio Ambiente (1992). Examinaremos inicialmente y de forma panorámica el estado de la cuestión dentro de la experiencia europea (I) para posteriormente analizar los esfuerzos realizados en el ámbito del Mercosur, manifestando nuestra opinión al respecto (II).

## I

### La experiencia europea

Como es de todos conocido, el proceso de integración europeo se desarrolla dentro de un orden jurídico propio: el Derecho Comunitario, dotado de características particulares que lo individualizan y separan, al mismo tiempo, del derecho internacional público y de los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión. Este sistema es completamente diferente del proceso integracionista del cono sur<sup>4</sup>, por lo que las soluciones encontradas en Europa no pueden ser simplemente “transportadas” a la experiencia sudamericana, más pueden servir de referencia en la búsqueda de instrumentos o mecanismos adecuados a nuestra realidad a fin de enfrentar problemas similares.

Los esfuerzos para conciliar la libre circulación de bienes (en particular los residuos peligrosos) y la protección del medio ambiente se han plasmado en el ámbito de las reglas materiales previstas en los Tratados Constitutivos y han sido desarrolladas por los instrumentos de derecho derivado (A). Sin embargo, es en la interpretación de las normas hecha por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas donde podemos observar una verdadera evolución del tratamiento dado a esta problemática (B).

#### A. El derecho material

El Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Europea, modificado particularmente por el Acto Único Europeo, el Tratado de Maastricht y el Tratado de Amsterdam<sup>5</sup>, consagra como normas fundamentales en el área que nos ocupa: los artículos 30 a 34 que reglamentan uno de los principios esenciales de todo mercado común – la libre circulación de mercancías; el artículo 36 que autoriza restricciones a dicha libertad en términos y condiciones precisas; el artículo 130 R que contempla la implantación de una política ambiental común sobre la base de ciertos principios y objetivos básicos; el artículo 130 T que permite a cada Estado miembro mantener o introducir medidas de protección reforzadas.

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión remitimos al lector al trabajo “La comprensión de la noción de Derecho Comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur” que constituye una síntesis de los principios del Derecho Comunitario Europeo y del Derecho del Mercosur, en: *Mercosul. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, ps. 33-88.

<sup>5</sup> Este último instrumento aún no entró en vigor y modificará toda la nomenclatura del Tratado de Roma.

Paralelamente a esas disposiciones, debe destacarse el artículo 3B relativo al principio de subsidiariedad, elevado a la categoría de principio general por el Tratado de la Unión Europea. Tal dispositivo figuraba – desde el Acto Único – en el capítulo relativo al medio ambiente y el Tratado de Maastricht impone su aplicación en aquellos dominios que no constituyen atribuciones exclusivas de la Comunidad. La norma autoriza la intervención de las autoridades comunitarias, en la medida en que los objetivos de una acción prevista no puedan ser alcanzados por los Estados miembros y que puedan, debido a la dimensión o a los efectos de dicha acción, ser mejor realizados a un nivel comunitario.

En el área de la protección ambiental el instrumento privilegiado por las autoridades comunitarias ha sido la directiva, y no podría ser diferente tratándose del mecanismo destinado a la armonización de legislaciones nacionales, no a su unificación. Así, en 1975 fué adoptada la Directiva CE 75/442 del Consejo relativa a los residuos<sup>6</sup>, modificada por la Directiva CE 91/156 del Consejo<sup>7</sup>. Este órgano de decisión emitiría igualmente la Directiva 84/631 relativa a la vigilancia y control de la transferencia fronteriza de residuos peligrosos<sup>8</sup> y en 1990 decidiría sobre su modificación mediante un Reglamento (instrumento de unificación legislativa) adoptado tres años más tarde: el Reglamento CE 259/93<sup>9</sup>. La adopción de este instrumento aparece doblemente justificada en su preámbulo: en primer lugar, por el hecho de la Comunidad Europea haber adherido a la Convención de Basilea de 1989 y en segundo lugar, por la adopción de normas específicas sobre la cuestión en la Convención de Lomé<sup>10</sup>.

La legislación europea tiene como fundamento el respeto a tres principios: a) la proximidad, b) la prioridad a la valorización, entendiendo por tal la recuperación, la regeneración y el reciclaje de residuos, c) la autosuficiencia a nivel comunitario y nacional. Siguiendo las normas consagradas en la Convención de Basilea, el Reglamento se ocupa en su título II de la transferencia de residuos entre los Estados miembros y en su título III de la transferencia dentro de los mismos. Se hace una distinción entre los residuos destinados a la eliminación y entre aquellos destinados exclusivamente a la valorización.

En cuanto a los primeros, el Reglamento establece normas destinadas a asegurar un control bastante rígido sobre los movimientos transfronterizos de residuos. Es consagrado un procedimiento de notificación obligatorio para la transferencia, el Estado miembro de destino es responsable por la emisión de la autorización para la transferencia, siendo que los Estados de expedición y de tránsito de los residuos tendrán derecho a levantar objeciones a la misma. La transferencia sólo podrá realizarse después de la obtención de la autorización proveniente de la autoridad competente del país de destino.

<sup>6</sup> Directiva 75/442 CEE del Consejo, en el DOCE, 25.07.1975, L. 194/39.

<sup>7</sup> Directiva 91/156 CEE del Consejo, en el DOCE, 26.03.1991, L. 78/34.

<sup>8</sup> Directiva 84/631 CEE del Consejo, en el DOCE, 13.12.1984, L.326/31.

<sup>9</sup> Reglamento 259/93 CE del Consejo, en el DOCE, 6.02.1993, L.30/1. El Reglamento fué modificado por la decisión 94/721 CE de la Comisión, en el DOCE, 9.11.1994, L.288/36 y por el Reglamento 120/97 CE del Consejo, en el DOCE, 24.01.1997, L.22/14.

<sup>10</sup> La Convención de Lomé IV ACP – CEE firmada el 15 de diciembre de 1989, sigue los principios de la Convención de Basilea.



El Reglamento prevé la posibilidad para los Estados miembros de adoptar disposiciones – de conformidad con los tratados constitutivos – destinadas a prohibir, de forma general o parcial, la transferencia de residuos o a levantar sistemáticamente objeciones a tal transferencia. Tal posibilidad pretende garantizar el respeto a los principios de proximidad, prioridad a la valorización y autosuficiencia impuestos a nivel comunitario, más asegurar igualmente que las transferencias de residuos respeten los planes de gestión de los mismos, y, principalmente que las legislaciones nacionales de protección ambiental, orden público, protección a la salud, no sean irrespetadas. La consagración de tal posibilidad en relación con los residuos destinados a la eliminación modificó esencialmente el sistema consagrado anteriormente por la Directiva de 1984 que no la admitía.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> La Directiva permitía únicamente levantar objeciones en tales circunstancias.

En relación con los residuos destinados exclusivamente a la valorización son aplicadas las normas sobre el procedimiento de notificación obligatorio antes referidas. En este caso los Estados miembros de expedición, destino y tránsito pueden objetar la transferencia, más no es necesaria la autorización para la transferencia de parte del Estado de destino. La transferencia puede realizarse después de transcurrido un plazo de treinta días, siempre y cuando no haya sido presentada ninguna objeción. La autorización es, en consecuencia, tácita. El Reglamento prevé dos hipótesis en las que pueden levantarse objeciones:

a) cuando la transferencia es contraria a los planos de gestión de residuos que hayan sido comunicados a la Comisión Europea;

b) cuando la transferencia no respeta las legislaciones nacionales relativas a la protección del medio ambiente, del orden público, de la seguridad pública o de la protección a la salud.

Como lo señalaría la Corte de Justicia de Comunidades Europeas en su decisión de 29 de junio de 1994<sup>12</sup>, el Reglamento está lejos de armonizar de forma completa las normas relativas a la transferencia de residuos entre los Estados miembros de la Unión, sus normas pueden ser entendidas como un esfuerzo para “una renacionalización organizada del asunto”<sup>13</sup> puesto que de acuerdo con el principio de la subsidiariedad las autoridades nacionales y locales estarían en mejores condiciones que las comunitarias para aplicar y garantizar el cumplimiento de las normas de protección ambiental.

## **B. La jurisprudencia comunitaria**

La evolución de la jurisprudencia en esta materia es bien interesante. Debido al enfrentamiento entre dos principios tan importantes para la formación de un mercado común, a fin de admitir restricciones a la libertad de circulación fundadas en la

<sup>12</sup> Caso 187/93, Parlamento v. Consejo, Sentencia CJCE de 29-06-1994, en *Coletânea de Jurisprudência da CJEC*, 1 - 1994, 2857.

<sup>13</sup> Cita del Abogado General F. G. Jacobs en sus conclusiones, decisión referida en la nota anterior.

protección al medio ambiente la Corte exigiría a los Estados miembros su justificación fehaciente. Nos referiremos brevemente a algunas decisiones claves, principalmente dos relativas a prohibiciones a la exportación de residuos y una a la importación de los mismos.

La primera gran sentencia sobre el conflicto libre circulación y protección ambiental es conocida como “Inter-Huiles” y data de 1983: *Syndicat National de Fabricants Raffineurs d’Huiles de Graissage v. GIE Inter-Huiles*<sup>14</sup>. En tal ocasión fué discutida una prohibición francesa a la exportación de residuos de aceite, fundamentada, entre otros motivos, en razones de protección al medio ambiente. La normas francesas para la eliminación o disposición del aceite utilizado eran más drásticas que en otros Estados (principalmente Bélgica), pues se prohibía la utilización de residuos de aceite como combustible y se insistía en su reciclaje para lubricantes – mucho más caro. Según la opinión de la Asociación Francesa de Procesadores de Aceite usado, sin la prohibición a la exportación los residuos de aceite francés podrían ser exportados a Bélgica e incinerados con efectos nocivos para el medio ambiente belga. La Corte decidiría contrariando esa posición: en los casos en que los aceites fuesen vendidos para su eliminación o regeneración autorizada en otro Estado, como en aquellos en que esa eliminación se realizaba en el Estado de origen, la protección ambiental era efectivamente garantizada. El Tribunal dió en esta ocasión prioridad a la libre circulación de bienes condenando las restricciones ligadas aparentemente a la protección ambiental.

En 1987 la Corte de Justicia tendría una vez más la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto en la decisión “Nertsvoeder Fabriek”: *Openbaar Ministerie v. Nertsvoeder Fabriek Nederland*<sup>15</sup>. La Corte debía decidir sobre la compatibilidad con las normas comunitarias de las disposiciones de un estatuto público alemán que imponía la utilización obligatoria de instalaciones de recuperación situadas en Alemania para la disposición de desechos provenientes de mataderos. A fin de evitar riesgos para la salud pública el estatuto (*Destruchewet*) obligaba a los generadores y mantenedores de mataderos a utilizar exclusivamente las compañías de reciclaje encargadas por su distrito particular y que procesaban tales residuos transformándolos en alimentos para animales. Como consecuencia de tales disposiciones las exportaciones de este tipo de residuos para los Países Bajos fueron prohibidas.

En esta ocasión el Tribunal de Luxemburgo consideraría que la prohibición era incompatible con el artículo 34 del Tratado de Roma. Para la Corte el objetivo de protección a la salud pública así como la protección al medio ambiente sería alcanzado en la medida en que los residuos fuesen vendidos a un establecimiento

<sup>14</sup>Caso 172/82, en *Coletânea de Jurisprudência da CJEC*, I - 1983.555.

<sup>15</sup>Caso 118/86, en *Coletânea de Jurisprudência da CJCE*, I - 1987.3883.

especializado, independientemente del Estado miembro en que tal establecimiento estuviese localizado. El resultado sería equiparable al obtenido con la eliminación o utilización de los residuos en el Estado de origen.

En septiembre de 1988 la Corte de Justicia emitiría una decisión, relativa a la circulación de bienes en general, en la cual reconocería la posibilidad para un Estado miembro de justificar medidas restrictivas a la circulación de mercancías por motivos de protección al medio ambiente, pero dejaría claro que al hacerlo los Estados deben respetar el principio de proporcionalidad y minimizar el impacto que las medidas tienen sobre dicha libertad fundamental.<sup>16</sup>

<sup>16</sup>Caso 302/86. Comisión v. Dinamarca (Caso de las botellas danesas) sentencia CJCE de 20-9-88, en *Coletânea de Jurisprudência da CJCE*. 1988. 4607.

<sup>17</sup>Caso 2/90. Comisión v. Bélgica, en *Coletânea de Jurisprudência da CJEC*. 1 - 1992.4431.

El último análisis relativo a la cuestión que nos ocupa sería hecho por la Corte de Justicia en 1992 – “Residuos de Valonia”<sup>17</sup> – y plasma una ligera mudanza del Tribunal en la aproximación y solución del conflicto libre circulación y defensa del medio ambiente. La Comisión de Comunidades Europeas se enfrentaba a Bélgica a través de una acción de incumplimiento. Las autoridades regionales de Valonia habían adoptado una medida prohibiendo que las instalaciones situadas en el territorio para la eliminación de residuos fuesen utilizadas para residuos originados de otro Estado. Dos fundamentos utilizados por la Corte en esta oportunidad deben ser destacados. En primer lugar, el Tribunal supranacional aborda el problema de la disposición transfronteriza de residuos bajo las normas del Tratado relativas a la libre circulación de bienes. de esta manera rechaza implícitamente la posición defendida por algunos Estados miembros (principalmente Alemania) según la cual en relación con este problema no podría aplicarse ninguna de las normas relativas a las libertades fundamentales, pues esta actividad no consistía en una actividad “económica” y en consecuencia no era comprendida en el concepto de integración económica reglamentado por el Tratado.

En segundo lugar, la Corte pone de relieve el principio de la auto-suficiencia en materia de disposición de residuos para la protección ambiental, así, una restricción de importar residuos de origen extranjero puede ser necesaria para proteger el medio ambiente dentro de una comunidad y por esa razón puede prevalecer sobre la libre circulación de bienes. El Tribunal se refiere al artículo 130 R que impone la obligación de rectificar en la fuente los efectos nocivos contra el medio ambiente. La Corte también se refiere a la posibilidad, prevista por la Directiva CE 84/631 sobre circulación transfronteriza de residuos peligrosos, de que los Estados miembros puedan levantar objeciones a la importación de residuos sobre la base de leyes y reglamentos internos. En tales circunstancias el Estado miembro de destino examina cada caso particularmente, no siendo posible establecer una prohibición de carácter general.

Como vemos la jurisprudencia de la Corte no fué modificada, más el análisis del problema presenta otro enfoque más favorable a la protección ambiental y menos mercantilista, obediendo a las nuevas tendencias dentro del proceso integracionista dentro de la Unión.

## II

### **La experiencia en el Mercosur**

Al cumplirse ocho años de haberse originado el proceso integracionista del Mercosur las metas establecidas están lejos de concretizarse, más no podemos olvidar que el tiempo es un elemento esencial en este tipo de proceso y a pesar de que ni la zona de libre comercio ni la unión aduanera están constituidas, el balance inicial de esta experiencia no es negativo. La abertura y el desarrollo de los intercambios – no solamente comerciales – entre Estados, que hasta entonces eran completamente aislados unos de los otros, constituyen por sí mismos un factor de evolución en la subregión. No obstante, no debe perderse de vista que los Tratados constitutivos persiguen objetivos de integración regional que exigen para su realización la adopción de mecanismos e instrumentos precisos, y lo que es más importante: un verdadero y serio compromiso político de los Estados con tales fines.

En relación con nuestro tema de análisis, examinaremos los avances que en el marco del derecho material han sido realizados en el Mercosur con miras a conciliar los intereses económicos de la libre circulación con la protección ambiental (A) para posteriormente detenernos brevemente en el análisis de las debilidades instrumentales del sistema, propias a la naturaleza del derecho internacional (B).

#### **A. El derecho material**

Como ya referimos en la introducción el próprio Tratado de Asunción impone la obligación de realizar los objetivos comerciales garantizando el respeto y preservación del medio ambiente. Dentro de los distintos subgrupos de trabajo que figuraban en el anexo V de este instrumento internacional, fué discutido el tema ambiental. En la segunda Reunión de Cúpula de Presidentes fué decidida la creación de una Reunión Especializada en Medio Ambiente (REMA), medida que se concretizó a través de la Resolución 22/92 del Grupo Mercado Común.

Como bien lo refiere la profesora argentina Leila Devia<sup>18</sup>, el trabajo de la REMA se concentró en detectar las asimetrías políticas y legislativas que podrían afectar la competencia entre las empresas y la competitividad de los productos. Tal actividad contribuiría a establecer una relación horizontal entre los distintos subgrupos de trabajo. Los temas tratados en el seno de la reunión fueron principalmente:

<sup>18</sup>DEVIA, Leila. "La política ambiental en el marco del Tratado de Asunción", en: *Mercosur y medio ambiente*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 27-34.



a) el análisis de la legislación vigente en materia ambiental en los cuatro Estados;

b) la proposición de directrices en el área específica de la protección ambiental y la concertación de las políticas ambientales de los Estados;

c) la determinación de las restricciones no arancelarias al comercio vinculadas a la protección del medio ambiente.

Igualmente fueron identificados los tratados internacionales, ratificados por los Estados del Mercosur (no necesariamente por todos), en materia ambiental considerados prioritarios, entre los cuales destacaremos la Convención de Basilea sobre circulación transfronteriza de residuos peligrosos, ya mencionada.

En 1994 el Grupo Mercado Común aprobaría por Resolución 10/94 una serie de directrices básicas en materia ambiental. En tanto que el Consejo Mercado Común adoptaría en agosto de ese año la Decisión 2/94, comprendiendo el Acuerdo sobre el transporte de mercancías peligrosas en el Mercosur. Dentro del preámbulo se deja claro que la existencia de reglamentaciones nacionales diferentes puede dificultar el intercambio internacional de estos bienes, siendo necesario establecer padrones mínimos de seguridad para el intercambio de los mismos, independientemente de la modalidad de transporte utilizada. El Acuerdo comprende 10 artículos, a los cuales sería incorporado posteriormente el décimo primero por Decisión 14/94 del CMC y dos Anexos. Todas las disposiciones son bastante generales y tienen como fundamento las Recomendaciones edictadas por la ONU sobre esta cuestión y reenvían, en la mayoría de los casos, a las normas nacionales de los Estados, lo que no contribuye en realidad a una armonización de las mismas. Así por ejemplo, el artículo 5º dispone: “La circulación de las unidades de transporte con mercancías peligrosas será regida por las normas generales establecidas en este Acuerdo y por las disposiciones particulares de cada Estado Parte”.

Entre las normas llama la atención el artículo 3º cuyo tenor es el siguiente: “Cada Estado-Parte se reserva el derecho de prohibir la entrada en su territorio de cualquier mercancía peligrosa, mediante previa comunicación a los demás Estados”. El dispositivo contiene una verdadera reserva a favor de los Estados que no estaría sometida – en principio – a ningún control, situación bien diferente del principio consagrado por el artículo 2º del Anexo I del Tratado de Asunción que comprende la definición de gravámenes y restricciones a la libre circulación de bienes. Esta última disposición prevé, a través del renvio al artículo 50 del Tratado de Montevideo, las hipótesis de excepción a la regla general. Tales excepciones son específicas, su interpretación es restricta y las medidas adoptadas no podrán constituir discriminaciones arbitrarias, ni restricciones disfrazadas al comercio entre los Estados

<sup>19</sup>Sobre esta disposición: ESTRELLA FARIA, José Angelo. *O Mercosul: Principios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: Subsecretaria-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior, Núcleo de Assessoramento Técnico. 1993. ps. 101-109.

partes.<sup>19</sup> Esa misma orientación es seguida en la Unión Europea. En el Mercosur, entonces, la circulación de mercancías peligrosas escapa a las reglas generales sobre libre circulación. Si por un lado se dá prioridad a los intereses ambientales del Estado, por otro la existencia de tal disposición podría dar lugar posteriormente a conflictos entre los Estados miembros debido a su eventual utilización arbitraria por las autoridades estatales.

El Consejo Mercado Común adoptaría en 1995 la Decisión I/95 previendo la creación de un subgrupo de trabajo dedicado al estudio de las cuestiones ambientales – el subgrupo de trabajo 6 sería constituido por la resolución GMC 38/95 substituyendo la REMA. Como funciones prioritarias del subgrupo fueron señaladas:

a) la identificación de las restricciones no aduaneras, trabajo que sería desarrollado en colaboración con el comité técnico 8, vinculado a la Comisión de Comercio del Mercosur y encargado de detectar e identificar nuevas restricciones;

b) la eliminación de posibles obstáculos al acceso a los mercados, vinculados con la protección ambiental, afectando la competitividad por el aumento de los costos de producción;

c) la armonización y aprobación de normas sobre la evaluación del impacto ambiental (complementando lo anterior);

d) la identificación de las normas internacionales de gestión ambiental y el impacto de su aplicación como factores diferenciadores de la competitividad para los productos originarios del Mercosur;

e) el estudio de ciertos temas sectoriales propuestos por los demás subgrupos de trabajo;

f) la elaboración de proyectos de instrumentos jurídicos relativos a la protección del medio ambiente, visando la optimización de los niveles de calidad ambiental;

g) el establecimiento de un sistema de informaciones sobre las cuestiones ambientales;

h) el análisis de la futura implantación de un “sello verde” en el Mercosur.

Tales tareas deberían obedecer, en principio, un calendario determinado con plazos comprendidos hasta diciembre de 1997.

Durante la XIII Reunión del Consejo Mercado Común, en diciembre de 1997, fué adoptado por Decisión 8/97 el régimen de infracciones y sanciones del acuerdo sobre transporte de mercancías peligrosas, destinado a complementar las Decisiones 2/94 y 14/94, al ser circunscripto como Anexo III de la primera. La Decisión 8/97 persigue dos objetivos primordiales: 1º) posibilitar a las autoridades competentes de los Estados-Partes el cumplimiento de las normas de los mencionados instrumentos y “la consecuente aplicación de sanciones ajustadas en función de la gravedad de la infracción cometida.”<sup>20</sup>; 2º) reducir en el mayor

<sup>20</sup>Primer Considerando de la Decisión, publicada en el *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, SAM, n. 5, junio 1998, ps. 13-20.

grado posible los riesgos vinculados al transporte de este tipo de mercancías en los Estados miembros. El capítulo II se ocupa en términos generales de las infracciones y de las sanciones; las primeras clasificadas en leves, graves y muy graves, las segundas comprenden desde multas a la caducidad del permiso de transporte internacional. Los capítulos siguientes tipifican las infracciones que pueden ser cometidas en el transporte por carretera (capítulo III) y por vías ferreas (capítulo IV), determinando en cada caso las sanciones correspondientes.

De los esfuerzos realizados hasta hoy podemos concluir que la problemática ambiental no es ajena a las autoridades del Mercosur. Y no podría ser diferente si tenemos en cuenta que tres de las cuatro Constituciones Nacionales consagran expresamente el Derecho a un medio ambiente sano y los cuatro países poseen normas relativas a la protección ambiental de variada naturaleza, en algunos casos sin que exista un cuerpo de instrumentos diferenciado para la protección ambiental. Aparentemente hay una consciencia de que la no adopción de pautas comunes, que más tarde lleven a la implantación de una verdadera política común en esta área, puede dificultar la realización de los objetivos comerciales, debido a la aparición de obstáculos a nivel nacional a la libre circulación y a la libre competencia entre las empresas situadas en la región. Tal preocupación no estuvo presente en los primeros años del proceso europeo. Sería lamentable que tales esfuerzos y acciones no sean efectivamente concretizadas por los gobiernos interesados.

### ***B. Las debilidades del sistema en el ámbito instrumental***

Si bien, como acabamos de analizar, desde el punto de vista del derecho material hay que constatar la intención de conciliar los intereses económicos y los intereses ambientales dentro de la región, desde el punto de vista del desarrollo y de la aplicación de las normas se hace evidente la insuficiencia de los mecanismos tradicionales del derecho internacional para la realización de objetivos propios a la integración regional, principalmente a la formación de un mercado común.

Dos problemas preliminares pueden ser señalados dentro del sistema existente en el Mercosur:

a) *la necesidad de internalizar las normas contenidas en los instrumentos de los órganos de decisión.* La estructura institucional del Mercosur es característica de las organizaciones internacionales de cooperación. No hay en el sistema ninguna referencia a la existencia de poderes supranacionales, en consecuencia, toda decisión adoptada por cualquiera de los tres órganos señalados en el artículo 2º del Protocolo de Ouro Preto y obligatoria para los Estados<sup>21</sup> debe ser incorporada al orden jurídico

<sup>21</sup> Artículo 9, 15 y 20 del Protocolo de Ouro Preto.

<sup>22</sup>En la Unión Europea la situación es bien diferente debido al carácter supranacional de las normas adoptadas en su seno. Los Estados no pueden realizar ningún acto de internalización, las normas penetran directamente (en regla general, principalmente aquellas contenidas en los Reglamentos) en los ordenes jurídicos nacionales. Si un Estado publica un reglamento, por ejemplo, estará violando la propia naturaleza del orden comunitario y podrá ser responsabilizado por eso. Ver entre muchos otros: BOULOUIS, Jean. *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*. 5. ed., Paris: Montchrestien, 1995; ISAAC, Guy. *Droit Communautaire Général*. 4. ed., Paris: Masson, 1994; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *Qué Unión Europea?*, Madrid: Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1996; MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, José. *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid: Mc Graw Hill, 1997; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 3. ed., Madrid: Editorial Trivium, 1997; MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Das Comunidades à União Européia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; QUADROS, Fausto De. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1991; SIMON, Denys. *Le Système Juridique Communautaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

<sup>23</sup>En la práctica ya fué constatado tal problema: el STF debió pronunciarse varias veces en 1997 y 1998 sobre la no incorporación en el Brasil del Protocolo sobre medidas cautelares del Mercosur y su imposibilidad de ser aplicado en casos concretos. Tal instrumento era aplicado en los demás Estados debido a su internalización en ellos, principalmente en Argentina.

interno de cada uno de ellos para poder ser aplicada por las autoridades nacionales y eventualmente invocada por los particulares, como es normal en el ámbito del Derecho Internacional Público. Así se desprende de los artículos 42 y 38 del Protocolo de Ouro Preto.

El artículo 42 establece: "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y deberán, *cuando necesario*, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país". El artículo 38 estipula el compromiso de los Estados de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de los órganos de decisión en sus respectivos territorios. En el párrafo único se determina que los Estados informarán sobre las medidas adoptadas a tales finalidades a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

Destacamos la mención "cuando necesario" hecha en el artículo 42 pues podría entenderse que algunas de las normas adoptadas en el seno de la organización internacional no precisarían de internalización en el orden interno, penetrando en él directamente. La "incorporación" a que el artículo hace referencia debe entenderse, en nuestra opinión, como desarrollo legislativo o reglamentario del respectivo instrumento en el ámbito interno, visando la aplicación de sus normas, mas no puede ser interpretada en el sentido de no necesitar de un acto que las haga formar parte del orden jurídico interno. Todas las decisiones deberán ser internalizadas, aun cuando sea de la forma más simple: por su publicación en el diario oficial o por la emisión de atos administrativos que reproduzcan sus disposiciones.<sup>22</sup> Esto se debe a que son normas de naturaleza internacional. El procedimiento de internalización es pues de competencia exclusiva de cada Estado y se realiza de acuerdo con las disposiciones del derecho interno previstas a ese fin. No existe un plazo máximo para llevar a cabo tal tarea, el Estado goza de discrecionalidad en esta materia. El hecho de que las normas sean internalizadas en algunos de los Estados pero no en todos constituye por sí mismo un obstáculo a la efectiva realización de un mercado único.<sup>23</sup>

En una tentativa de garantizar la entrada en vigor de las decisiones simultaneamente en el territorio de los cuatro Estados, el artículo 40 consagra un procedimiento: una vez que los cuatro Estados han internalizado el instrumento correspondiente, avisan a la Secretaría Administrativa que comunicará este hecho a cada uno de los Estados, treinta días después de tal comunicación las normas entrarán en vigor en el territorio de la región. Todo depende, en último caso, de la voluntad y celeridad de los Estados en aplicar las normas del Mercosur. El sistema no es el más seguro ni efectivo si lo que se quiere es crear un mercado común.



b) *La jerarquía de las normas emanadas de los órganos de decisión del Mercosur en el orden jurídico interno, depende de cada uno de los Estados.* El “Derecho Comunitario” es, como mencionamos anteriormente, el sistema jurídico propio del proceso de integración europeo. Entre sus características, consagrada por la jurisprudencia de la Corte de Justicia, está la primacía de sus normas frente a las disposiciones nacionales. Esto porque, como lo señalara el gran Profesor Leontin Constantinesco, las normas deben tener la misma fuerza obligatoria en todos los ordenamientos jurídicos y vincular de la misma forma a todos los Estados miembros.<sup>24</sup> Los fundadores del sistema, así como el Tribunal supranacional, entendieron que de otra forma la efectiva realización de los objetivos de integración podría ser obstaculizada por los Estados miembros al invocar sus legislaciones nacionales.

En el ámbito del Mercosur la cuestión es bien diferente, el derecho internacional es la orden aplicable al proceso. A pesar que la jurisprudencia y la doctrina internacional, así como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, consagran el principio de la prevalencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno<sup>25</sup>, la solución del conflicto depende de cada Estado. En muchos casos la jerarquía que los tratados internacionales poseen dentro del orden jurídico interno está plasmada en la Constitución<sup>26</sup>, pero en muchos otros la Carta Magna guarda silencio<sup>27</sup>. En tal hipótesis la solución queda en manos de los jueces nacionales que se confronten con el problema. En ese caso si los tribunales no consagran la primacía de las normas internacionales, un proceso de la naturaleza y envergadura como es el de integración subregional, puede verse seriamente afectado y la seguridad jurídica amenazada. La solución disímil del conflicto entre la norma internacional y la norma interna en los Estados miembros constituye por sí misma un obstáculo para los objetivos de la integración en la región.

Otro punto de debilidad del sistema Mercosur está en la posibilidad de conflictos que pueden generarse entre las normas adoptadas a nivel central y las legislaciones emitidas a nivel estatal y municipal, en materia ambiental, debido a la separación de competencias entre el Poder central y sus subdivisiones locales, en particular en los Estados Federales como Argentina y Brasil. Ese enfrentamiento puede conllevar la violación de obligaciones internacionales y la creación de obstáculos para la efectiva realización de las libertades fundamentales de un mercado común.

La ausencia de mecanismos y de órganos que garanticen una interpretación uniforme de las decisiones adoptadas en el seno de la organización internacional, así como la ausencia de instrumentos destinados al control de la legalidad de las mismas, constituye sin duda una laguna en el proceso integracionista del Cono Sur. La interpretación disímil de las normas es una barrera a la aplicación uniforme de las mismas.

<sup>24</sup>CONSTANTINESCO, Leontin. “Las relaciones del Derecho Comunitario con el derecho de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea”, en *Derecho de la Integración*, n. 2, abril, 1968, ps. 50-85.

<sup>25</sup>Ver entre muchos otros: ARBUET VIGNALI, Heber. y ARRIGHI, Jean Michel. “Os vínculos entre o Direito Internacional Público e os sistemas internos”, en: *Revista de Informação Legislativa*, n. 115, julho/setembro, 1992, ps. 413-420; SHAW, Malcom. *International Law*, 4. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1997, ps. 99-136.

<sup>26</sup>Como ejemplos podemos citar las Constituciones Argentina y Paraguay: artículos 75 & 22 y 141 respectivamente.

<sup>27</sup>Es el caso de las Constituciones Brasileña y Uruguaya respectivamente.

Finalmente, podemos señalar como otro factor negativo dentro del proceso la falta de transparencia en la adopción de las normas comunes. Muchas veces las normas solo se hacen conocidas en el momento en que su internalización es realizada, antes de esto los distintos sectores de la sociedad, en los cuatro Estados, no son realmente consultados. Es cierto que este problema se presenta también dentro de un sistema tan avanzado como la Unión Europea, más en los últimos años se han ideado mecanismos dirigidos a corregir, de la mejor manera posible, tal situación. En el Mercosur la creación del Foro Consultivo Económico y Social persigue, entre otros, tal objetivo, más hasta ahora la intervención de dicho órgano ha sido bastante precaria. En una materia como la protección ambiental y la influencia que ella puede tener en la realización de los fines establecidos por los Tratados Constitutivos la transparencia juega un rol primordial.

Hemos tratado de hacer referencia a algunos de los puntos que consideramos críticos dentro del proceso de integración regional, estamos conscientes que en el momento actual la situación no vá a cambiar radicalmente pues otras preocupaciones están en la mira de los gobiernos nacionales. El Brasil enfrenta una situación económica delicada y su posición en relación a la modificación estructural profunda del sistema es negativa, se dá preferencia a las soluciones “pragmáticas” de los problemas que se vayan presentando. No obstante, a largo plazo habrá que adoptar posiciones más precisas si la intención es avanzar a una integración más profunda...el tiempo lo dirá. Hacemos votos para que prime el deseo de mejorar las condiciones de vida de los pueblos de la región, no solamente la situación de los grupos económicamente más fuertes.

**Martha Lucía Olivar Jiménez** es Profesora de Derecho Comunitário de la Maestria en Derecho de la Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.