

COMERCIO EN EL MERCOSUR Y DESARROLLO.  
LÍMITES A PROPÓSITO DEL LAUDO ONCE  
Y DEL PRIMER LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE  
DE REVISIÓN\*

Adriana DREYZIN DE KLOR\*\*

La razón no nos dice qué hacer en  
ciertos casos.

Jon ELSTER

SUMARIO: I. *A modo de introducción.* II. *La problemática de los neumáticos en el bloque subregional.* III. *Reflexiones finales.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Sostuvo Hart en uno de sus célebres estudios, que los juristas están divididos en dos grupos: los que se embanderan tras un “noble sueño” y los que defienden una “pesadilla”. Mientras unos creen que el derecho es determinado, aún en casos difíciles, para los otros, tal carácter es ficticio siempre.<sup>1</sup> Esta particularidad —el “siempre”— debiera matizarse,<sup>2</sup> y estaríamos entonces en condiciones de analizar qué supuestos quedan capturados por la referida categoría.

\* Una primera versión de este artículo ha sido publicado en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006-1). La autora agradece los enriquecedores comentarios de Carolina Harrington en los fructíferos intercambios de ideas mantenidos sobre los temas de este trabajo.

\*\* Profesora de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; exconsultora jurídica de la Secretaría de Mercosur; miembro de la lista de árbitros de Mercosur por Argentina y codirectora de la revista *DeCITA*.

<sup>1</sup> Hart, H., “American Jurisprudence Through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 132 y ss.

<sup>2</sup> Lariguet, G., “Robert Alexy y el desafío de los conflictos trágicos”, <http://www.eldial.com>, 30/3/2006.

La cuestión radica en desentrañar si a través de una labor de interpretación que armonice los valores, puede reducirse la indeterminación —equivalente a los llamados conflictos trágicos o irresolubles— caracterizada por la imposibilidad de comparar los principios contrapuestos que se encuentran en juego.

Esta breve introducción enlaza con el tema a abordar, relativo a los límites que encuentra el Mercosur en la realización de uno de sus principios rectores. Nos referimos a la libre circulación de mercancías que, a no dudarlo, hace las veces de columna vertebral del esquema.

Nuestra propuesta consiste en centrarnos en el tratamiento que tal principio ha obtenido desde la fase jurisdiccional. El décimo primer laudo dictado por un tribunal ad hoc de Mercosur (TAHM) y el primer decisorio emanado del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), consecuencia del recurso interpuesto por el país perdedor en primera instancia, se pronuncian sobre el punto. Apartándonos de un enfoque tradicional, vinculamos el tema con la teoría del desarrollo en la convicción de considerar que es una perspectiva acertada para evaluar la correspondencia de límites a la libre circulación de mercaderías en el bloque.

A tal fin procedemos en primer término, a posicionarnos en el Mercosur a la hora actual, su modelo e instrumentos, sólo como punto de partida para seguidamente detenernos en el concepto de desarrollo, atento a la necesidad de establecer el significado que le atribuimos, frente a las diferentes acepciones que reconoce. Continuamos con la referencia a los laudos enunciados, para incursionar en los argumentos que vierten ambos tribunales en sus respectivos pronunciamientos. Al hilo de lo expuesto, presentamos nuestras reflexiones sobre el rol de los axiomas en Mercosur engarzados en la dimensión del desarrollo. Adelantamos, sin embargo, que la articulación de esta problemática con los posibles límites al comercio en Mercosur enraizados en los principios del comercio internacional, asume un papel esencial en la dinámica actual del proceso, pues se visualizan las aristas que integran el tema desde una óptica integral.

### 1. *Mercosur en su actual contexto*

Es bien conocido que el Mercosur aspira alcanzar las cuatro libertades de circulación propias de un mercado común, y que a tal efec-

to se van realizando acciones que, pobladas de vaivenes, intentan avanzar en esa dirección.

Las herramientas de las que se ha valido no difieren sustancialmente de las empleadas en otros procesos equivalentes;<sup>3</sup> de esta suerte se entiende que en sus inicios resultara necesario establecer un programa de liberación comercial, reglas referidas al régimen de origen de los productos, cláusulas de salvaguardias y un sistema de solución de controversias. Plasmados como anexos al Tratado de Asunción (TA) estos instrumentos fueron modificándose a lo largo del tiempo, reemplazándose o siendo objeto de consolidación con mayor o menor eficacia en cuanto a los resultados.

El modelo tan discutido por el que se inclinó el Mercosur influye en los permanentes avances y retrocesos que observa en sus años de vigencia, desplegándose al hilo de las políticas gubernamentales nacionales durante las distintas etapas por las que atraviesa.<sup>4</sup>

En orden a la circulación de mercaderías —área en que el Mercosur observa mayores avances— se plantearon numerosos conflictos aunque no se refleja en la actividad de los tribunales ad hoc y el TPR que han tenido pocas oportunidades para pronunciarse. Diez de los laudos se dictaron bajo el Protocolo de Brasilia, en tanto que la disputa que analizamos es la que actuó como disparador para estrenar el sistema aprobado en Olivos el 18 de febrero de 2002 y vigente en la región desde el 1o. de enero de 2004,<sup>5</sup> que intervino posteriormente en otros decisorios importantes.

<sup>3</sup> A fin de profundizar sobre el tema, véase Ventura, D., *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*, Uruguay, KAS, 2005.

<sup>4</sup> Cfr. Dreyzin de Klor, A., “Sistema político-institucional del Mercosur”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005-1, pp. 629-669; con Fernández Arroyo, D., “Brasil frente a institucionalização e ao direito do Mercosul”, *RILA, UFMS-MILA-FACINTER*, año 1, núm. 1, 2004.

<sup>5</sup> Sobre el Protocolo de Olivos, véase Rey Caro, E., *El Protocolo de Olivos*, Córdoba, Lerner, 2003; Accioly, E., “O atual mecanismo de solução de controvérsias no Mercosul: o Protocolo de Olivos”, en varios autores, *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro. Homenagem a José Francisco Rezek*, Ijuí, Unijui, 2004, pp. 361-384; Dreyzin de Klor, A., “El Protocolo de Olivos”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003-1; Dreyzin de Klor, A., “El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 493-598; Pimentel, Luis Otávio y Dreyzin de Klor, A., “O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul”, en Dreyzin de Klor, A. *et al.*, *Solução*

## 2. ¿Qué es “desarrollo” y por qué marco?

Consistiendo la propuesta en revisar uno de los límites que encuentra el esquema desde la perspectiva del *desarrollo* como modelo de análisis,<sup>6</sup> se hace necesario determinar el sentido que daremos al concepto, ya que muy lejos está de ser unívoco. En efecto, una de las acepciones sobre las que se vuelve permanentemente aparece centrada en distinguir los países en función de su nivel de desarrollo,<sup>7</sup> diferencia basada en los grados de bienestar alcanzados por los Estados, reflejados en las condiciones de vida de los habitantes conforme variables tales como salud, educación, e índices macro y micro económicos, consideraciones al producto bruto interno y el ingreso anual per cápita, entre otros.<sup>8</sup>

El término *desarrollo* se reitera asimismo, en declaraciones y preámbulos de los acuerdos que crean organismos internacionales al propiciar su carácter “sustentable” como un medio de alcanzar los propósitos fijados por las organizaciones.<sup>9</sup>

*de Controvérsias OMC, União Européia e Mercosul*, Río de Janeiro, KAS-IRI-ECSA Brasil, 2004.

<sup>6</sup> En esta idea seguimos a W. Barral, quien ha efectuado un muy interesante planteo acerca de cómo abordar la ciencia jurídica a la hora actual para adecuarnos a las necesidades requeridas por el siglo que se inicia. Véase Barral, W., “Direito e Desenvolvimento: um modelo de análise”, en *id.* (org.), *Direito e Desenvolvimento*, Singular, 2005, pp. 31-56.

<sup>7</sup> En este orden se considera que “el desarrollo significa lograr una creciente eficacia en la manipulación creadora de su medio ambiente, tecnológico, cultural y social, así como sus relaciones con otras unidades políticas y geográficas”. Sunkel, O. y Paz, P., *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1981, p. 37.

<sup>8</sup> El subdesarrollo así entendido ha sido causa de numerosos estudios tanto económicos, geográficos, políticos, históricos, etcétera. Un país es subdesarrollado cuando, en comparación con otros países, se tiene una estructura productiva atrasada, las condiciones de vida de la población son limitadas, se observa una marcada dependencia con el mercado internacional, desigualdad económica, no se cuenta con bienes de capital para la inversión en rubros necesarios del país. Véase *ibidem*, p. 220.

<sup>9</sup> A modo de ejemplo, puede leerse en la Declaración de Doha de la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC (noviembre, 2001) en la que es una constante, la reiteración del término “desarrollo” como objetivo del comercio internacional que debe incentivarse entre las naciones. Asimismo, en la misma Declaración, se advierte la repetición de temas referidos a los “países en desarrollo”, y a los “países desarrollados”.

Desde otro ángulo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, prospera una rama científica basada en la cooperación internacional, que adquiere al poco tiempo carta de ciudadanía: el derecho internacional del desarrollo.<sup>10</sup> Esta asignatura surge como una nueva dimensión del derecho internacional económico y supone la revisión de los principios y prácticas que tradicionalmente rigieron las relaciones económicas internacionales.<sup>11</sup>

Durante el transcurso de las últimas décadas del siglo pasado, se fueron sumando a esas ideas otras de no menor gradación, advirtiéndose que no se trataba de un derecho acotado a la faz económica sino con claros matices de orden social cuya afectación alcanza a la sociedad humana en todos sus aspectos.<sup>12</sup> El objetivo de esta rama del derecho se concentra en elaborar normas jurídicas tendientes a “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas de carácter económico, social, cultural o humanitario”,<sup>13</sup> así como en “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”.<sup>14</sup>

Sin embargo, la disciplina no tuvo el eco esperado y una de las principales razones de falta de consenso para ser mayoritariamente aceptada estriba en la imposibilidad de sanción frente al incumplimiento de las normas. Este argumento se conecta con su calidad de *soft law*,<sup>15</sup> esto es un derecho blando o flexible cuya nota distintiva radica en la carencia de sanción. En el derecho internacional público

Nos detenemos en esta Declaración pues esta fue la llamada “Ronda del desarrollo”. Cfr. Aftalión, E., “Comercio y desarrollo”, *La Ley*, 2002-D, 1278.

<sup>10</sup> Las primeras nociones que aparecen sobre este derecho, aunque denominado derecho del desarrollo económico internacional, provienen de W. Friedmann, quien lo definió como el ordenamiento jurídico destinado a ocuparse no sólo de los principios mínimos en materia de protección jurídica de la inversión extranjera, sino también de aquellos que resguardan el control nacional de los recursos naturales, y alcanzando otras materias afines relativas a estructuras, políticas y métodos de financiación del desarrollo económico. Friedmann, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, México, FCE, 1966, pp. 470 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. García-Amador, F. V., *El derecho internacional del desarrollo*, Madrid, Civitas, 1987, p. 9.

<sup>12</sup> Véase M. Virally citado en *ibidem*, p. 51.

<sup>13</sup> Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), artículo 1. 3.

<sup>14</sup> Preámbulo de la Carta de la ONU.

<sup>15</sup> Acerca de este derecho, véase Fernández Arroyo, D., *Derecho internacional privado. Una mirada actual sobre sus elementos esenciales*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 59 y ss.

opera vía recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta y principios sin poder de vinculación directa, aunque como herramienta útil para el juez al aplicar el derecho, para el legislador al elaborar las normas, para el jurista al tiempo de pensar las reglas y para el operador jurídico en general. Esta técnica de legislación es utilizada en el derecho comunitario,<sup>16</sup> y no resulta ajena al derecho económico internacional e incluso en el ámbito de las relaciones de carácter privado, al derecho mercantil internacional.

En la necesidad de precisar el significado de desarrollo y apartándonos de la concepción que lo condenaba a constituir un orden jurídico autónomo confinado a subsistir como un conjunto de reglas teóricas, el término se emplea para referir los componentes sociales que, acorde con circunstancias de tiempo y de lugar, constituyen el núcleo central en torno al cual debe girar todo análisis, siendo entonces, el ser humano eje de preocupación.

A nuestro entender, es necesario combinar los vectores resultantes de articular variables políticas, sociológicas, jurídicas y económicas,<sup>17</sup> a fin de ensamblar la convergencia a través de principios que recep-ten las líneas de acción consagradas, para cumplir con un objetivo estratégico cual es encaminar y profundizar el crecimiento de los pueblos.<sup>18</sup>

Adhiriendo a la concepción expuesta por Barral —quien la expone a partir de un meduloso análisis de la teoría de desarrollo recibida de

<sup>16</sup> Cfr. Alonso García, R., “El *soft law* comunitario”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002-2.

<sup>17</sup> W. Barral sostiene que los factores a combinar para un desarrollo efectivo son históricos, geográficos y sociales, empero, resulta fundamental para su eficacia contar con una matriz institucional eficiente. Véase Barral, W., *op. cit.*, nota 6. Se entiende la posición, ya que el análisis se efectúa en función de un Estado nacional.

<sup>18</sup> Crecimiento y desarrollo no son términos equivalentes. Desde una visión economicista, el crecimiento se refiere al análisis de elementos macroeconómicos como son, por ejemplo, el desempleo o las crisis socio-económicas, que requieren acciones positivas para la solución de estos problemas, siendo uno de los elementos de análisis el estancamiento del sistema económico-político. El desarrollo, en cambio, se observa a través de las transformaciones y cambios estructurales en el sistema productivo-educacional-laboral-cultural. Desarrollo es un proceso integral, y su concepción requiere interdisciplinarietà con una visión global. Ello deja como saldo que el crecimiento es condición necesaria para el desarrollo, pero no suficiente. Cfr. González Arencibia, M., “Una gráfica de la teoría del desarrollo. Del crecimiento al desarrollo humano sostenible”, en: <http://www.eumed.net/libros/2006a/mga-des/index.htm>.

Amartya Sen—<sup>19</sup> cabría agregar que el desarrollo se identifica con la idea de libertad entendida como medio de garantía y como fin en sí misma. La libertad como fin se despliega desde los ámbitos económico, político y social, en tanto que en su posición instrumental se vincula con aquellas libertades que permiten la realización de las enunciadas precedentemente.<sup>20</sup>

¿Es verosímil trasvasar la teoría explicitada desde una perspectiva nacional, al proceso de integración?

En el marco de un proceso de integración la teoría del desarrollo tiene, a nuestro juicio, injerencia sustancial, paralela en sus despliegues al proceso que se pretende conformar. En su evolución delinea el tránsito por etapas equivalentes en lo temporal y espacial, revestidas de igual preeminencia a la vera de un diálogo delicado e insoslayable de factores históricos, económicos, políticos, institucionales, estructurales y axiológicos.

Avanzando en el concepto, esto es brindando al desarrollo la adjetivación de “sostenible”, se pasa a vincular la concepción primigenia con políticas sociales tendientes a alcanzar el Estado de bienestar.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Es altamente esclarecedora la exposición de W. Barral sobre la obra de Amartya Sen, particularmente *Desarrollo como libertad*. Véase Barral, W., *op. cit.*, nota 6, p. 39. Cabe recordar que en una de sus más destacadas obras, el Premio Nobel de Economía de 1998, demostró que el hambre no es consecuencia de la falta de alimentos, sino de desigualdades en los mecanismos de distribución de alimentos. Además de su investigación sobre las causas de las hambrunas, su trabajo en el campo del desarrollo económico ha tenido enorme influencia en la formulación del índice de desarrollo humano (IDH) de las Naciones Unidas. Véase Sen, Amartya, *Poverty and Famines. An Essay on Entitlements and Deprivation*, Oxford, Clarendon Press, 1981.

<sup>20</sup> *Cfr.* Barral, W., *op. cit.*, nota 6, p. 39. Señala el autor que la referencia a la libertad económica trasunta en la idea de que el acceso al mercado debe estar garantizado; la libertad política va de la mano de las garantías democráticas, en tanto que al referirse a la libertad social, sostiene que esta se corresponde con la tolerancia de las diferencias, las minorías y la libertad religiosa.

<sup>21</sup> Amartya Sen ha expresado: “La naturaleza del Estado de bienestar consiste en ofrecer algún tipo de protección a las personas que sin la ayuda del Estado puede que no sean capaces de tener una vida mínimamente aceptable según los criterios de la sociedad moderna, sobre todo la Europa moderna. La idea fundamental versa en torno a la interdependencia entre los seres humanos. En este sentido, el Estado de bienestar tiene algo en común con la economía de mercado, porque la economía de mercado también es algo donde el individuo solo no es absolutamente nada. En la economía de mercado, las personas dependen unas de otras, y nadie ha explicado esto tan claramente como Adam Smith en *La riqueza de las naciones*. Toda la base de la

Más allá de la calificación que se proponga para el proceso es menester comprenderlo como un todo, considerarlo en su cabal amplitud, no como una suma de sectores compartimentados desde el ámbito material según las disciplinas, sino que captando bajo su manto a todos los componentes. De esta suerte, la vinculación entre integración y proceso de desarrollo conlleva la afirmación de un análisis de la asociación regional en su integridad y desde todas sus aristas.

Ahora bien, el tema que nos interesa particularmente en este trabajo, es elucidar el conflicto de intereses que deriva en la controversia planteada en Mercosur. A través de la vinculación con la teoría del desarrollo, se captan entonces valores, principios, comercio internacional y protección ambiental, temas críticos comprendidos, por estar insertos en dicha teoría tanto como en el derecho de la integración.<sup>22</sup>

A. *El proceso de desarrollo en la Unión Europea: su repercusión en materia ambiental*

Detenernos en el proceso de desarrollo en la Unión Europea (UE), sólo de modo muy elemental, halla su justificación en el hecho de reivindicar el concepto para un bloque regional. Señalamos esta cuestión pues en función de las exposiciones que se realizan mayoritariamente de esta teoría, se presume que su aplicación está direccionada hacia los Estados nacionales.

La teoría de desarrollo tiene, sin embargo, antecedentes en la actual UE desde la fundación de las comunidades europeas (CE) al tornarse evidente que los objetivos de carácter económico —meta fun-

economía de mercado gira en torno a la capacidad de interactuar entre sí, de depender unos de otros, de poder hacer cosas para los demás, y que ellos hagan cosas por ti". Véase Sen, Amartya, *El futuro de Estado del bienestar*, <http://www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm>.

<sup>22</sup> Si bien hemos abordado, bajo el acápite, concepciones diferentes de desarrollo, entrelazando aspectos provenientes de la vertiente económica, política y jurídica, aclaremos que W. Barral en su artículo se dedica principalmente a discutir sobre las relaciones entre derecho y desarrollo. Ello, en tanto entiende que existen diversas consecuencias que el orden jurídico puede tener para la promoción del desarrollo y con la garantía de la libertad como su elemento central. Véase Barral, W., *op. cit.*, nota 6, p. 48.

damental— no serían plenamente alcanzados sin la adopción de políticas sociales plasmadas en buena parte en normas jurídicas y condicionadas por el funcionamiento de una estructura institucional sólida. Estas políticas inciden evidentemente en el funcionamiento del mercado común; o sea que independientemente de las motivaciones que ab initio orientaron a las CE caracterizadas por la vertiente económica para generar un desarrollo sostenible,<sup>23</sup> se concilian las acciones realizadas en diversos ámbitos. La política ambiental, por ejemplo, ha sido descrita como un “éxito innegable”<sup>24</sup> que refleja un accionar caracterizado por el intrínseco matiz social con repercusión en la calidad de vida de los ciudadanos.

Desde las primeras épocas, la comunidad adoptó algunas disposiciones de carácter parcial y sólo accesorias respondiendo a las necesidades del mercado común; con el tiempo fue evolucionando hasta alcanzar cierta identidad con la política integral de protección que late en su dinámica y le permite afrontar plenamente el objetivo de protección ambiental, igualando en importancia a las demás políticas económicas y sociales.<sup>25</sup>

En el intento de conciliar medio ambiente y desarrollo económico, se lanza el concepto de “desarrollo sustentable”, pasando a convertirse en el núcleo de la política ambiental luego de la Cumbre de Río de 1992, cuyo efecto fue obrar de catalizador en el nuevo enfoque de la política comunitaria.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Acerca del significado de este vocablo, véase Veytia, H., “*Lex negotii*, el nuevo derecho corporativo”, *Revista de Economía y Derecho*, vol. 3, núm. 10, 2006, p. 29. Si bien la autora lo analiza desde la perspectiva de la *lex negotii*, brinda una esclarecedora visión del concepto en la actualidad.

<sup>24</sup> Sus comienzos normativos remontan a los años setenta del siglo pasado, pues generó un cuerpo normativo con trascendencia no sólo dentro del ámbito comunitario, sino en la esfera internacional. Véase Plaza Martín, C., *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Madrid, Tirant lo blanch, 2005, p. 31.

<sup>25</sup> Recuérdese que es recién con la firma del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 1957 que aparece una atribución expresa de competencias para actuar en el campo ambiental. Asimismo, la política ambiental “está llamada a modular el desarrollo y aplicación del resto de las políticas comunitarias y, por lo tanto, el conjunto del acervo comunitario”. Véase *ibidem*, p. 31.

<sup>26</sup> *Cfr.* Brusaco-Mackenzie, M., “The Role of the European Communities”, en Campiglio, L. et al., *The Environment after Rio-International Law and Economics*, Londres-Dordrecht-Boston, Graham & Trotman, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 30 y ss. A nivel mundial, es a partir de la Conferencia de Estocolmo (1972) que se incrementa

Con la revisión de los tratados constitutivos de la UE y de la CE al signarse el Tratado de Amsterdam, cobra fuerte impulso la dimensión social y particularmente el tema ambiental se reafirma como objetivo prioritario, incorporándose el “desarrollo sostenible” en el preámbulo y articulado del Tratado de la Unión Europea. La modificación se produce con el afán de contrarrestar las críticas generadas al anteponer los beneficios económicos y comerciales a la protección del medio ambiente. El tema se percibía como un obstáculo potencial al comercio por lo cual, elevando la protección del medio ambiente a la categoría de política, se daban señales claras del avance por los cánones propiciados por la teoría del desarrollo sostenible.

Se observa así que la UE asume la cuestión ambiental como una materia que involucra una amplia gama de factores intrínsecamente vinculados, abarcativos tanto de los aspectos inherentes a los ecosistemas de la región, sus recursos y servicios, como de las implicaciones sociales, económicas e incluso, las culturales. Los condicionantes legales asociados a las áreas enunciadas no pueden calificarse de ajenos a la problemática, antes bien, conviven con cada una de ellas en el mismo rango.

Sin embargo, y pese a las aseveraciones vertidas, la adopción de tal acervo normativo no revirtió en el grado de protección ambiental que cabía esperar. A tal punto existe deficiencia, que en los últimos tiempos ha emergido un déficit importante en la ejecución del derecho ambiental comunitario que pone en tela de juicio la eficacia de las disposiciones aprobadas. De hecho, un recorrido por las infracciones producidas, muestra una clara ventaja de las cometidas por parte de los Estados miembros, según ha observado la Comisión. No resulta azaroso que la primera sentencia dictada por el TJCE debida al incumplimiento de obligaciones comunitarias, haya recaído en un tema ambiental.<sup>27</sup>

la conciencia acerca de las responsabilidades gubernamentales y de los deberes personales y sociales sobre la preservación y progreso de la calidad ambiental para las generaciones presentes y futuras. Recuérdese que la Conferencia declaró formalmente el derecho humano a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar, y el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo.

<sup>27</sup> TJCE, As. C/387/97. Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica, 4 de julio de 2000.

### B. *Mercosur jurisdiccional: medio ambiente y desarrollo*

En este contexto ubicamos el decisorio dictado por el TAHM designado para entender en la controversia planteada entre Uruguay y Argentina, a raíz de la aprobación por parte del país demandado, de una ley que puso freno al ingreso de neumáticos remoldeados. La normativa halla fundamento en la protección medio ambiental.

Establecido el posicionamiento para efectuar el análisis de los laudos, devienen los siguientes planteos: ¿qué valores se encuentran contrapuestos en función de los intereses defendidos por cada uno de los Estados?, ¿son conciliables?, ¿cuáles son los principios que inspiran a los decisorios?

La metodología de análisis del conflicto llevada a cabo por cada tribunal y los principios en los cuales fundar la decisión difieren en una y otra instancia, dando lugar a laudos contradictorios entre sí.

Mientras el TAHM acude a los principios de derecho internacional y también a axiomas específicos de Mercosur que autorizarían a relativizar las normas comerciales y económicas en nombre de un ambiente más sano para la región, el TPR funda su laudo en el sometimiento de la cuestión a cuatro criterios que considera revestidos de rigor científico, esenciales e imprescindibles de aplicar, para el dictado del laudo definitivo.

El modo de arribar a la sentencia nos interesa más allá de la solución en sí. Nuestra preocupación está centrada en la argumentación y los fundamentos utilizados en cada caso; en la manera de ponderar los principios orientadores de los decisorios y en la técnica empleada por cada tribunal. Partimos de una premisa cual es considerar que los principios generadores del derecho del comercio internacional son aplicables a las organizaciones internacionales multilaterales y regionales, cumpliendo éstos un rol esencial pues el derecho vigente en estas organizaciones es en los más de los casos, de reciente data, situación que genera lagunas y no permite considerar aisladamente los axiomas mercosureños.

Los preceptos se disciernen en un proceso dinámico que necesariamente impone articular los principios que inspiran y originan estos esquemas. Emplear la teoría del desarrollo al análisis del bloque demanda pensarlo desde su historia, sus instrumentos, su derecho origi-

nario y derivado, sus principios, las conductas económicas, la institucionalidad, la voluntad política e indudablemente su dinámica social. En este contorno engarza no sólo el papel que cumplen los órganos que lo conducen y los que componen su estructura, sino también el mecanismo vigente para la solución de conflictos, y su manifestación, los laudos arbitrales.

## II. LA PROBLEMÁTICA DE LOS NEUMÁTICOS EN EL BLOQUE SUBREGIONAL

La controversia planteada entre Uruguay y Argentina deviene en el dictado del laudo decimoprimer —el 25 de octubre del 2005— a consecuencia del cual se interpone recurso de apelación ante el TPR por parte del Estado vencido.

El 20 de diciembre del mismo año, el TPR se pronuncia a través del primer laudo emanado de su intervención en el espacio integrado. Argentina plantea al alto tribunal una solicitud de aclaratoria, la que es objeto de respuesta el 13 de enero de 2006.

La libre circulación de neumáticos ya había generado un conflicto en el bloque que llevó a accionar el mecanismo arbitral,<sup>28</sup> empero el objeto de esa disputa giró en torno a una problemática que si bien recae en igual producto, es distinta por su objeto a la que desencadena el nuevo pronunciamiento. El sexto laudo arbitral dirimió una controversia surgida a raíz de la ubicación de una categoría de neumáticos en una posición arancelaria, y curiosamente, en la argumentación de las partes y en la decisión del TAHM no se hace mención alguna a los posibles impactos negativos que el ingreso de esta mer-

<sup>28</sup> Controversia entre la República Oriental del Uruguay (parte reclamante, en adelante “Uruguay”) y la República Federativa del Brasil (parte reclamada, sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (*Remolded*) procedentes de Uruguay”, dictado el 9 de enero de 2002. TAHM, integrado por los árbitros: doctor Raúl Emilio Vinuesa, de la República Argentina (presidente del Tribunal); doctora Maristela Basso, de la República Federativa del Brasil, y el doctor Ronald Herbert, de la República Oriental del Uruguay.

cadería provoca al medio ambiente.<sup>29</sup> En tanto que el objeto del conflicto en análisis, plantea la contraposición entre dos principios —según el TAHM— o entre un principio y una excepción a éste —conforme el TPR—. También podría señalarse que el antagonismo se produce entre un principio y una manifestación de política legislativa de vasto alcance, esto es: la libre circulación de mercaderías *vs.* la protección ambiental.

Cabe poner énfasis en la diferencia entre ambas controversias para no caer en la confusión de asimilar las causas pues, aunque en algún lugar el sexto laudo puede ser traído a colación, no sienta un precedente *in totum* aplicable a los laudos en análisis. Se trata de un antecedente valioso para esclarecer la cuestión relativa a la posición arancelaria que ocupa cada tipo de neumáticos, hecho que conlleva diferenciar entre el neumático usado y el remoldeado; empero el problema en ese supuesto no se estudia en función de la filosofía que inspira la *portaria* por la que se prohíbe el ingreso de neumáticos remoldeados a Brasil, aunque subyace de modo inequívoco.

### 1. *El laudo 11*

Las actuaciones de Uruguay en contra de Argentina se generan a raíz de la aprobación de la Ley 25.626 sobre Mercaderías incluidas en la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM), por la que se prohíbe importar neumáticos recauchutados y usados.<sup>30</sup>

En consecuencia, el objeto de la controversia lo constituye la prohibición de importar mercaderías individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Sobre el conflicto entre Uruguay y Brasil, puede verse Morosini, F., “El caso de los neumáticos en la OMC. Preferencias regionales y cuestiones ambientales”, *Puentes entre el comercio y el desarrollo sostenible*, vol. VII, núm. 1, 2006, p. 20.

<sup>30</sup> Sancionada el 17 de julio de 2002; promulgada y publicada, respectivamente, el 8 y 9 de agosto de 2002.

<sup>31</sup> Se trata del sistema elaborado bajo los auspicios del Consenso de Cooperación Aduanero, firmado en Bruselas el 14 de julio de 1983, modificado por su Protocolo de Enmienda el 24 de junio de 1986, y sus notas explicativas que figuran en la NCM bajo NCM 4012.10.00, neumáticos recauchutados, y 4012.2000, neumáticos usados.

Argentina considera que la ley aprobada es compatible con las normas Mercosur y el libre comercio pues se trata de proteger un interés no económico y superior: la salud humana, animal y vegetal. Es legítimo luego, valerse del derecho a utilizar una excepción consentida en Mercosur —y en todo esquema de integración— priorizando la aplicación del artículo 50 del Tratado de Montevideo (TM) en concordancia con los principios que informan el derecho ambiental en las dimensiones nacional, internacional y regional.

En tanto que Uruguay entiende que la ley en discusión constituye una restricción arancelaria injustificada, a la vez que deja de lado la cuestión ambiental para enfatizar en el respeto al principio de previsibilidad comercial, haciendo hincapié en la certeza jurídica como factor ineludible del esquema subregional que requiere de confianza mutua.

En suma, la cuestión en torno a la cual gira el problema se ajusta a determinar si lo dispuesto en la ley argentina es una barrera para arancelaria o si se trata de una medida adoptada en el marco del TA, anexo I, que vincula el TM (artículo 50) a la normativa mercosureña.

#### *A. Algunos aspectos preliminares*

Antes de introducirnos en el análisis del caso desde la perspectiva enunciada, cabe detenernos en algunos aspectos contemplados en el sistema de solución de conflictos vigente. Nos referimos a las etapas previstas en el ordenamiento en relación con las transitadas por un lado, y a la posibilidad de avanzar en la interpretación uniforme del derecho en todo el ámbito integrado, por otro. Las observaciones no hacen directamente al tema, solamente ilustran la conducta de las partes y la línea adoptada por los tribunales.

1. Aunque los EP podían obviar la intervención del GMC, atravesaron por esta etapa. Más importante resulta destacar que no saltaron la participación del TAHM, pese a la posibilidad de acudir directamente al TPR que brinda el Protocolo de Olivos (PO).<sup>32</sup>

<sup>32</sup> PO, artículo 23.

Estos pasos son interesantes en tanto reflejo de confianza de los miembros del bloque frente a la alternativa de obviarlas. O sea que aún a sabiendas que transitar cada escalón puede significar dilatar la decisión definitiva, agotan las opciones ofrecidas.

Admitir normativamente el *per saltum* podría derivar en consideraciones favorables a justificar la falta de necesidad de mantener los TAHM. En efecto, se puede descartar la primera instancia por entender que es un desgaste jurisdiccional, ya que generalmente la perdedora planteará un recurso ante el tribunal creado por el PO. Sin embargo, en el caso primó el criterio de transitar ambos peldaños, conducta que a nuestro juicio resulta conveniente pues ofrece mayores garantías a través de la intervención de dos jurisdicciones sucesivas.

2. Otro punto a destacar estriba en la propuesta efectuada por el TAHM<sup>33</sup> a los EP en la controversia a fin de que se pronuncien sobre la intervención en el procedimiento de los Estados no parte en el conflicto.

El precedente se encuentra en el noveno laudo, generado por el conflicto suscitado entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre “Incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por Uruguay”.<sup>34</sup> La participación de Estados miembros del bloque —no parte en el conflicto— a nuestro entender es necesaria; basta constatar la importancia que reviste la interpretación uniforme de las reglas comunes propias del sistema de integración,<sup>35</sup> y que “la doctrina que emerge de los laudos de los tribunales arbitrales puede inspirar la actuación tanto

<sup>33</sup> El TAHM se integró por el doctor Hermes Marcelo Huck, como presidente, y los doctores José María Gamio y Marcelo Antonio Gottifredi, en calidad de miembros.

<sup>34</sup> Se trata del conflicto surgido a consecuencia del régimen establecido en el país oriental por la “Ley 13.695/68, y decretos complementarios con la normativa Mercosur, que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona”. El TAHM estuvo integrado por el doctor Ricardo Alonso García, presidente, y los doctores Enrique C. Barreira y Eduardo Mezzera, árbitros nacionales, respectivamente, de España, Argentina y Uruguay.

<sup>35</sup> Sobre la interpretación uniforme de la normativa Mercosur y el sistema de solución de controversias, puede verse Dreyzin de Klor, A., “Los laudos arbitrales: una visión prospectiva”, *DeCITA*, núm. 1, 2003, pp. 92-109.

de tribunales arbitrales posteriores como de instancias judiciales nacionales”.<sup>36</sup>

A tal extremo lo entendió así el Tribunal actuante que incluyó en sus Reglas de Procedimiento una disposición que particularmente atiende el supuesto.<sup>37</sup> No obstante la importancia atribuida al interés que pueden tener los EP del Mercosur no involucrados en la disputa en hacer conocer sus puntos de vista, no fue posible dicha intervención, pues ambas partes del conflicto manifestaron su posición contraria a permitir tal participación.

En cambio, en la controversia que referimos en este trabajo, la negativa de aceptar la participación de los terceros Estados cupo únicamente a Uruguay; Argentina —EP demandado— no planteó objeciones al respecto.

En tanto que el TPR obró de oficio, convocando directamente a los Estados no parte en el litigio sin efectuar consulta alguna a los países involucrados. Alegó tener “atribución y responsabilidad institu-

<sup>36</sup> Laudo nueve.

<sup>37</sup> “Artículo 13. *Presentación de Estados partes que son terceros en la controversia.* (1) Una vez que la parte reclamada hubiere formulado respuesta al escrito de presentación, el Tribunal invitará a los Estados partes en la controversia a fin de que, en un plazo de cinco días, manifiesten si se oponen a que los Estados partes que son terceros en la controversia puedan presentarse a fin de intervenir en la misma con el alcance del presente artículo./ (2) Transcurrido el plazo del apartado (1) sin que se manifieste oposición, el Tribunal invitará a los Estados partes terceros en la controversia a que presenten escritos que deberán limitarse a dar a conocer al Tribunal sus puntos de vista con relación a la interpretación de las normas del Mercosur que hubieren sido invocadas por los Estados partes en la controversia./ (3) Los escritos a que se refiere el apartado anterior deberán presentarse dentro del plazo de diez días a partir de que los Estados partes terceros en la controversia hubieren sido notificados de los escritos de presentación y de respuesta./ (4) La comparecencia de los Estados partes terceros en la controversia no les conferirá el carácter de partes en la misma y, consecuentemente, no les será oponible el laudo arbitral que en ella recayere”./ Adviértase que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que representa un marco de integración más débil que el Mercosur habida cuenta que su objetivo final es crear simplemente un área de libre comercio, y cuyo sistema de solución de controversias tiene, si cabe, menos pretensiones uniformadoras en la interpretación y aplicación de dicho marco común, prevé en su capítulo XX (“Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias”), artículo 2013, que “una parte que no sea contendiente, previa entrega de notificación escrita a su sección del Secretariado y a las partes contendientes, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las partes contendientes”.

cional de correr traslado de oficio sin otorgar calidad de parte, a los demás países no partes en la controversia que sean socios plenos del Mercosur, independientemente del consenso de las partes”.<sup>38</sup> Esta actitud generó el pedido de aclaratoria por Argentina, entendiendo el alto tribunal que correspondía desestimar la solicitud, ya que previo al dictado del laudo procedió a emitir un auto interlocutorio en el que se explicitaron las razones por las que llevaba a cabo el traslado referido. Asimismo, sostuvo que “sólo está impedido de hacer algo, cuando existe una norma que expresamente le prohíba hacerlo”.

3. Los decisorios —tanto en primera instancia como el emanado del TPR— no son resultado de una posición unánime, hecho que indudablemente tiene relevancia siendo tres los árbitros intervinientes; ésta sólo es alcanzada en cuestiones que no hacen al fondo del tema.

### B. *El objeto de la controversia*

Sea para Uruguay como para Argentina, la cuestión se centra en un aspecto técnico que pone de relieve la problemática generada por importar neumáticos recauchutados —en aras de preservar la libre circulación de mercaderías en Mercosur— y el límite que surge frente a la necesidad de respetar el principio protectorio ambiental, contemplado en el artículo 50 del TM de 1980. Recuérdesse que a través de esta norma se establecen excepciones a la libre circulación de bienes en los supuestos expresamente previstos en sus incisos.<sup>39</sup>

¿Hasta qué punto razones medioambientales generadas por los efectos de la degradación tardía de neumáticos pueden ser causal su

<sup>38</sup> Laudo 1o., TPR, § 24.

<sup>39</sup> Establece la norma: “Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y cumplimiento de medidas destinadas a: *a)* protección de la moralidad pública; *b)* aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; *c)* regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares; *d)* protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; *e)* importación y exportación de oro y plata metálicos; *f)* protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y *g)* exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”.

ficiente para impedir la vigencia de un principio sustancial al proceso? Siendo éste el eje de la problemática, ¿se trata de priorizar principios?, ¿la controversia está acotada al resultado de los estudios técnicos?

En comparación con otras ramas jurídicas, el derecho ambiental todavía no ha sido tan prolífico como para producir gran cantidad de fallos que traten en forma clara y concreta algunos de sus aspectos esenciales, tales como el concepto de daño ambiental, la obligación de recomposición, la apreciación pecuniaria del daño ambiental, entre otros ítems necesarios para sentar criterios de rigor científico, de modo tal que pueda permitir a la comunidad jurídica y de negocios prever cómo será la interpretación judicial de ciertas conductas y actuar en consecuencia.<sup>40</sup>

### C. *La posición de Uruguay*

A través de la ley núm. 25.626<sup>41</sup> Argentina prohíbe la importación de neumáticos recauchutados y usados, hecho que da lugar al reclamo que efectúa Uruguay. El país oriental entiende que existía una prohibición antes del dictado de la ley, restringida a neumáticos usados sin incluir los recauchutados. En consecuencia, la industria uruguaya productora de esa posición arancelaria exportaba al país sin restricciones.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, Argentina importó neumáticos recauchutados de otros Estados, pero no de Uruguay, haciendo hincapié el país exportador en que la NCM tenía posiciones aduaneras distintas para los neumáticos recauchutados, los neumáticos para ómnibus y camiones, los neumáticos de aeronaves, demás neumáticos y para los neumáticos usados.

Asimismo, agrega que la prohibición establecida no tiene en cuenta las diferencias existentes entre los neumáticos usados y los remoldados, siendo que estos últimos no generan problemas de seguridad

<sup>40</sup> Así lo refiere Malm Green, G., “La determinación del daño ambiental”, *La Ley*, 5 de abril de 2005, p. 8.

<sup>41</sup> Sancionada el 17 de julio de 2002 y promulgada el 8 de agosto de 2002, *BO*, 9 de agosto de 2002.

de tránsito ni tampoco daños al medio ambiente que puedan considerarse distintos de los que provoca un neumático nuevo. En consecuencia, estima que los límites establecidos por el artículo 50 del TM no resultan de aplicación al supuesto, sea respecto a la seguridad (inciso b), sea un daño al medio ambiente (inciso d).

Alega, además, que los neumáticos recauchutados se utilizan en Argentina y en numerosos países desarrollados, motivo por el cual niega el impacto sobre el medio ambiente en atención a que de producirse un daño importante, no se emplearían libremente en territorio del Estado demandado.

A los fines de respaldar sus argumentaciones, que apuntan a demostrar que Argentina obra en violación a los artículos 1o. y 5o. del TA, su anexo I, y las decisiones 22/00<sup>42</sup> y 57/00<sup>43</sup> al inhibir sin justificación atendible, la libre circulación de bienes, enuncia una serie de medidas administrativas y legislativas no sólo emanadas de la legislación del bloque sino de otros países desarrollados que admiten la utilización de neumáticos recauchutados.

En definitiva, estima que la ley aprobada es contraria a principios de derecho internacional y de derecho de la integración, relacionando en este punto la controversia con la resuelta por el laudo sexto, a la que considera análoga a la presente. Entiende Uruguay que es de aplicación al caso el principio y norma internacional de *estoppel*.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Relanzamiento del Mercosur-Acceso a Mercados.

<sup>43</sup> Acceso a Mercados.

<sup>44</sup> El *estoppel* ha dado lugar a opiniones muy divergentes en cuanto a su calidad y alcance, definiéndose incluso, por sus efectos. Así, se distinguen principalmente dos concepciones que responden a criterios analíticos y sistemáticos aplicados al estudio de sus presupuestos y de sus distintas funciones: una concepción amplia y otra estricta o restrictiva. En cuanto a la primera —*estoppel* interpretativo— basta el hecho de constatar una conducta concluyente, clara e inequívoca que haya inducido a la otra parte a estimar como ciertas y verosímiles las consecuencias jurídicas que derivan de ella, para que pueda invocarse una situación de *estoppel*. Esta concepción mantiene el principio en el ámbito procesal, operando en la prueba y la interpretación de la postura jurídica por el Estado que adoptó la conducta contradictoria asumida. Para la otra concepción —restrictiva—, el *estoppel* obligatorio “impide que un Estado niegue la exactitud de un estado de cosas concreto o de un régimen particular resultado de la ordenación de intereses de un tercer Estado que, de buena fe, ha confiado legítimamente en la autenticidad del comportamiento claro e inequívoco del primer Estado, si como consecuencia de la negación de tal estado de cosas o régimen particular se causa un perjuicio o detrimento en los derechos, intereses o en las fundadas expecta-

El demandante sostiene que Argentina tomó una medida con carácter unilateral. Recordemos que a la hora de definir qué se entiende por “restricciones” el artículo 2 b) del anexo I del TA literalmente expresa: “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”.

Entre los reclamos, solicita se ordene a Argentina abstenerse a futuro de adoptar otras medidas que tengan efectos restrictivos y/o discriminatorios semejantes a los cuestionados en el presente conflicto.

La parte reclamada, según la visión de la reclamante, está violentando, con la aprobación de la ley, el principio *pacta sunt servanda* y el de buena fe, ambos previstos en el Tratado de Viena sobre derecho aplicable a los tratados.<sup>45</sup>

#### D. *La posición de Argentina*

Argentina rechaza el planteo uruguayo en orden a la amplitud del objeto de la controversia, ya que al no estar circunscripta la demanda a la ley cuestionada, se incluye un pedido genérico, no especificado y con alto grado de abstracción.

Aduce que la ley se funda en razones que no son de carácter económico sino que enraízan en la preservación del medio ambiente por lo que encuentra justificación en el artículo 50 del TM, particularmente el inciso d) referido a la protección a la vida y a la salud de las personas, animales y vegetales. Va más lejos aún con sus alegatos,

tivas que tal situación ha generado en el tercer Estado implicado”. Véase Jiménez García, F., *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza mutua*, Madrid, Diles, 2002, pp. 274 y ss. En el *estoppel* pueden distinguirse: a) un efecto probatorio —de la ‘actitud primaria’ de la parte *estopped*—; b) un efecto obstativo —en tanto impide la validez o efectividad de las alegaciones efectuadas en contra de los actos propios o declaraciones—; c) un efecto confirmativo —por el que se reconoce al menos interpartes, la validez de la ‘actitud secundaria’—. Así lo expresa Pecourt García, E., “El principio del *estoppel* en derecho internacional público”, *REDI*, 1962, pp. 97-139. Se ha entendido que subyace en este principio el adagio: “*nemo potest venire contra factum proprium, allegans contraria non audientus est*”. Véase Remiro Brotóns, A. *et al.*, *Derecho internacional*, Madrid, Ciencias Jurídicas-McGraw-Hill, 1997, p. 179.

<sup>45</sup> Artículo 21.

pues entiende que se trata de una medida de carácter preventivo destinada a evitar el daño potencial que producen los neumáticos remoldeados al ser residuos peligrosos por su difícil y oneroso proceso de degradación.

Hace presente en su escrito, la propuesta cursada a Uruguay de establecer un límite cuantitativo de neumáticos remoldeados a importar por el país, equivalente a los neumáticos usados que ese país importa desde Argentina, propuesta que fue denegada por la contraparte.

Defiende la aprobación de la ley por estimar que la norma se ampara en las excepciones previstas por la invocada norma del TM y agrega que el comercio de neumáticos recauchutados entre los dos países fue marginal e insignificante, comparado con la totalidad de las exportaciones que Uruguay realiza hacia Argentina. En su defensa, afirma que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad, pues cuando lo que está en juego es la vida, la salud, o los recursos naturales existentes, sólo cabe descartar la importación del producto nocivo.

En la misma línea que lo hiciera Uruguay, Argentina justifica su posición en legislación comparada, particularmente de la UE y en medidas vigentes en el ámbito multilateral. En ese sentido, encuentra que el país respeta los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad a la manera que lo determina la OMC a través del desarrollo jurisprudencial.

La demandada se manifiesta en contra de la decisión a la que arribó el TAHM en el sexto laudo arbitral, pues a su entender, ignoró el carácter evolutivo de la ciencia, la tecnología y el derecho en general, aunque particularmente, el derecho ambiental. Desde su perspectiva no se tuvo en cuenta que hay productos que en un momento pueden ser de libre comercialización porque se desconocen sus propiedades dañinas para la salud y que cuando se sabe de las mismas, debe mutarse la posición.

El país demandado defiende la necesidad de acudir a medidas excepcionales en los casos que fuera menester, las que previstas en los procesos de integración, están basadas en la protección de bienes de naturaleza superior o en valores no económicos.

Siendo que el TA contempla la excepción que no es de carácter económico sino que se encuentra amparada por el TM, no hay inconveniente en aprobar una ley del tenor de la cuestionada e inclusive arguye que se trata de un avance en cuanto al objetivo de alcanzar el bienestar de los pueblos de la región a través de la protección al medio ambiente y a la salud de las personas, animales y vegetales que habitan su territorio.

Argentina incluye un relato sobre el proceso de aprobación de la ley cuestionada haciendo notar que en el debate parlamentario quedó claro que la medida estaba destinada a prevenir el ingreso de residuos disfrazados de mercadería con vida útil comprometida o agotada, con impactos ambientales actuales o latentes. Alude a la trascendencia del principio de prevención ambiental como inspirador de la nueva regulación jurídica, a la vez que prioriza la temática ambiental receptada en Mercosur en el Preámbulo del TA, en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del 22 de junio de 2001, en el Proyecto de Gestión Ambiental de Residuos y Responsabilidad Post Consumo, aún en discusión por el CMC.

Niega que resulte aplicable al caso el principio de *estoppel*, intentando a lo largo de su defensa refutar cada una de las argumentaciones presentadas por Uruguay.

A modo de síntesis, puede decirse que el país considera que la ley atacada es excepcional, respeta la proporcionalidad, no es discriminatoria, protege uno de los valores enunciados en el artículo 50 TM, y no se dispone de alternativa menos restrictiva al comercio intrazona.

#### *E. Los principios en el laudo del tribunal ad hoc de Mercosur*

El tribunal arbitral sostiene que el conflicto es consecuencia del enfrentamiento de dos principios consagrados respectivamente, por normativa Mercosur y por el derecho internacional: el principio de libre circulación de mercaderías y el de protección al medio ambiente.

La libre circulación de mercancías es la piedra angular sobre la cual se edifica el esquema de integración. Esta libertad implica la eliminación de barreras arancelarias y para arancelarias o medidas de efecto equivalente al comercio entre los Estados partes. Se trata de un

principio consagrado como postulado originario, al desprenderse del objetivo propio de la asociación regional, no sólo restringido a la libre circulación de bienes, sino que abarca las cuatro libertades de circulación que caracterizan a un mercado común, o sea adicionando a la mencionada libertad, la libre circulación de las personas físicas, de capitales y de servicios.

El principio de protección ambiental en tanto —mencionado en numerosos párrafos a lo largo del laudo arbitral— integra el listado de axiomas de los que se vale el derecho del medio ambiente, disciplina reconocida internacionalmente como ciencia autónoma.

En consecuencia, cuando el tribunal expresa que debe resolver la confrontación de dos principios rectores del Mercosur, ubica a este postulado en la misma gradación que el principio de libre circulación de bienes. En base a esta premisa considera que cabe pensar en el estudio del problema.

De su análisis deviene que la ley núm. 25.626 aprobada por Argentina es compatible con las disposiciones de derecho internacional aplicables en la materia. La decisión a la que se arriba por mayoría se basa en la protección medio ambiental, en el sentido de considerar que no admite debate el daño que causan los neumáticos reconstruidos a partir de carcasas generalmente importadas de países desarrollados.

## *2. El laudo del Tribunal Permanente de Revisión.*

### *Los principios fundantes*

El primer pronunciamiento del TPR<sup>46</sup> es resultado del recurso de revisión al laudo dictado por el TAHM que resolvió en la controversia sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay”.

Una vez presentado el recurso por Uruguay y respondido por Argentina, el TPR corrió traslado de la controversia a Brasil y a Paraguay sin darles calidad de parte. Esta conducta la observa en la

<sup>46</sup> Se integró por los árbitros: doctor Nicolás Eduardo Becerra, de Argentina; doctor Ricardo Olivera, de Uruguay; doctor y presidente Wilfredo Fernández, de Paraguay; dictándose el decisorio el 20 de diciembre de 2005.

convicción de la importancia que reviste ejercer “la atribución y responsabilidad institucional... de oficio”, “independientemente del consenso de las partes”. Puntualiza que cumple así con las necesidades que requiere un proceso de integración diferenciando el arbitraje en este foro, de un arbitraje privado en función de la confidencialidad; todo, sin perjuicio de la observancia prevista por la normativa que debe ser cumplida por los miembros plenos del bloque.

Tanto Brasil como Paraguay se pronuncian, Brasil lo hace en favor de la posición Argentina en tanto Paraguay se alinea con Uruguay.

El alto cuerpo comienza su desarrollo refiriéndose al alcance del recurso, a fin de cumplir con lo dispuesto en el PO.<sup>47</sup> A través de una técnica académica que justifica en el hecho de tratarse del primer laudo que emite, el Tribunal resume los orígenes y evolución del recurso de casación que de alguna manera asimila a la labor que le compete cumplir.

Descarta los criterios desarrollados para sostener sus respectivas argumentaciones, tanto por Uruguay (proporcionalidad, razonabilidad, previsibilidad comercial) como por Argentina (medidas destinadas a la protección del medio ambiente, que no incidan en el comercio y que sean proporcionales con el fin perseguido).

Para el TPR, el cuerpo colegiado que intervino en primera instancia cometió un error jurídico al no detallar en el laudo los criterios de rigor que emplea este alto tribunal, confundiendo los mismos con presupuestos habilitantes.

A los efectos de sentar jurisprudencia, asume la necesidad de establecer criterios que cubran el vacío normativo determinando que deben observarse los siguientes pasos.

En primer lugar habrá de analizarse, en todos los casos, si se trata de una medida efectivamente restrictiva al libre comercio; en segundo término, y cuando se concluye que en un caso concreto se trata de una medida restrictiva al libre comercio, corresponde verificar el carácter discriminatorio o no de la medida, distinguiendo al respecto entre la discriminación directa y la indirecta. Aún aceptando que se

<sup>47</sup> Conforme señala el artículo 17, 2 del PO; el recurso de revisión está limitado a cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas del TAHM.

trata de una medida restrictiva discriminatoria directamente, el hecho de tal constatación no implica que sea inviable, sino que es menester avanzar un tercer escalón en el análisis. Se requiere examinar la justificación o no de la medida.<sup>48</sup> Sólo para el supuesto que ésta sea justificada corresponde acceder al cuarto y último criterio de rigor que es el de la proporcionalidad bajo la óptica de evaluar con un criterio restrictivo toda medida que obstaculiza el libre comercio.

No obstante haber descartado ab initio los argumentos empleados por ambas partes, entre los cuales el principio de la proporcionalidad no ocupa un lugar menor, el TPR se orienta —sin embargo— por este axioma. A partir del análisis de un caso resuelto por el TJCE que utiliza como base para la presentación del razonamiento empleado, es el dictamen del abogado general el fundamento que le permite concluir alertando sobre la vinculación entre los últimos dos criterios: la justificación y la proporcionalidad.

El principio de libre comercio entendido a la manera de rector del proceso aparece como el principal postulado a defender a lo largo del desarrollo del laudo dictado por este tribunal. Al no considerarlo una cuestión jurídica controvertida, no se detiene en su análisis.

Es importante insistir en que el tribunal niega la existencia de conflicto de principios, desconociendo entidad de tal al “principio protectorio ambiental” referido por el TAHM. A juicio de este alto cuerpo, no debe considerarse un principio sino que se trata de una excepción al principio de libre circulación.

Descarta asimismo, someter la cuestión en debate a normativa del derecho internacional, entendiendo que sólo resulta de aplicación la regulación jurídica mercosureña.

Este punto de partida es novedoso, más allá de compartirlo o no, pues hasta el dictado de este decisorio, en ninguno de los laudos se dejó de lado la aplicación de principios del derecho internacional. Recordemos que su empleo está especialmente contemplado en el PO y su Reglamento, hecho que registra el TPR, empero lo soslaya en el caso, al estimar que sólo se debe echar mano de este recurso en forma subsidiaria.

<sup>48</sup> Laudo 1o., TPR, §16.

Cabe tener presente que los principios de derecho de la integración se están elaborando, ciertamente contamos con axiomas de derecho comunitario de otros procesos que los tribunales de Mercosur han aplicado en prácticamente todos los laudos, aunque acudir a éstos es equivalente en Mercosur a la aplicación de principios del ordenamiento internacional o inclusive, de *soft law*. En efecto, estos precedentes no aparecen mencionados en la disposición del PO, a diferencia de los “principios del derecho internacional” y sin embargo nadie discutiría su pertinencia.

El tribunal suscribe que no contamos en Mercosur aún con derecho comunitario, atribuyendo la falencia a carecer de supranacionalidad. No es muy claro el planteo efectuado en orden a este punto, pues la supranacionalidad y la intergubernamentalidad se caracterizan por los intereses que quienes integran un órgano de la estructura, defienden en su seno. Ningún sistema de integración es netamente intergubernamental y tampoco únicamente supranacional. En todo caso, existe mayor o menor intergubernamentalidad o supranacionalidad según —reitero— los intereses defendidos y la representación asumida por los miembros.

Además, desde otra arista, se vale el TPR del famoso *leading case* Cassis de Dijon que en la parte que interesa subrayar, estipula que los tres requisitos a ser considerados expresión general del principio de la proporcionalidad son: la necesidad, proporcionalidad y medios menos restrictivos posibles al comercio.

En estos términos y por considerar que la medida —el dictado de la ley en discusión— no es proporcional frente al producto —neumático remoldeado— no siendo tampoco proporcional en tanto la ley no previene el daño, el TPR resuelve por mayoría que la ley aprobada por Argentina bajo el núm. 25.626, es incompatible con el TA por lo que deberá derogarla en el término de ciento veinte días corridos.

Entre las definiciones del TPR, interesa su posición en cuanto al rol institucional que deben cumplir los laudos dictados en Mercosur. En sus palabras, consiste en pronunciarse sobre los criterios de rigor —condiciones y circunstancias— a ser analizados para aplicar al caso concreto, estableciendo un criterio jurisprudencial claro y conciso ante un vacío normativo o ante la falta de dichos criterios.

### 3. *Los principios como sustento de las argumentaciones: ¿un artificio?*

A lo largo de las presentaciones de los Estados y en ambos decisorios, los principios de derecho internacional y de derecho de la integración son reiteradamente aludidos.

En función de lo dispuesto en el PO y su Reglamento, herencia recibida del PB y su Reglamento, tanto los TAHM como el TPR:

Decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las decisiones del Consejo del Mercado Común, a las resoluciones del Grupo Mercado Común y a las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, así como a los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia.<sup>49</sup>

Dada la cuestión en conflicto, cabe consignar que el proceso de transformación del orden jurídico internacional en consonancia con la teoría del desarrollo muestra la aparición de una nueva dimensión de los problemas de medio ambiente que requieren respuestas integrales de los ordenamientos jurídicos nacionales, internacionales y regionales. Si bien en algunos campos se van logrando soluciones normativas adecuadas, en otros, la magnitud de los intereses afectados y comprometidos o la ausencia de precedentes legales, dificultan y retardan su cristalización. El derecho internacional del medio ambiente es paradigmático en este sentido, pues en la solución de conflictos predominan los principios generales del derecho. La celeridad con que crece la concientización acerca de la problemática jurídica medioambiental pareciera contrastar, sin embargo, con la normativa adoptada.<sup>50</sup>

En este orden de ideas, Argentina no se equivoca al aseverar que no puede ignorarse el carácter evolutivo de la ciencia, la tecnología y el derecho en general, aunque particularmente, el derecho ambiental. Nada más cierto que atender los cambios en productos que en un momento pueden ser de libre comercialización porque se desconocen

<sup>49</sup> Artículo 34 del PO, y 19 del PB.

<sup>50</sup> *Cfr.* Rey Caro, E., *Temas de derecho internacional ambiental*, Córdoba, Lerner, 1998, pp. 241 y 242.

sus propiedades dañinas para la salud, empero una vez que éstas se descubren, debe mutarse la posición.

En consecuencia, no sorprende el empleo de axiomas de derecho internacional aunque ciertamente puede mostrar ventaja apelar al derecho de la integración, tal como sostiene el TPR. El derecho de la integración es una fuente autónoma en función del ámbito en que se pergeña, el objetivo que persigue y el alcance de su aplicación, sin embargo resulta valioso echar mano de principios de derecho internacional no solamente porque así lo avala y permite el PO sino porque es una necesidad cubrir las lagunas de que adolece el ordenamiento mercosureño, con principios y normas empleadas en organizaciones de comercio internacional o directamente en el derecho internacional. En esta línea, se afirma que del análisis de los laudos de Mercosur se desprende que los árbitros han decidido optando por una hermenéutica vinculada a una matriz basada en los principios.<sup>51</sup>

Siendo que los principios obran de soporte de la decisión, es menester incursionar en el modo en que se ponderan en el decisorio del TAHM primero, y luego por el TPR. La idea es verificar qué valor se les atribuye, y cómo se llega a revertir la decisión de primera instancia en función de los criterios sustentadores del laudo dictado por el TPR.

La teoría del desarrollo viene a ejercer en este ítem notable influencia, pues conjugados los axiomas a su amparo, deviene el cauce por el cual encaminar la resolución.

El considerar al principio protectorio ambiental un apotegma con equivalente peso a la libre circulación de mercaderías, ubica el conflicto en los llamados *casos trágicos* o difíciles, esto es aquellos en que se confrontan dos principios de igual jerarquía resultando difícil priorizar a uno de ellos por sobre el otro.

Hemos adelantado que el Mercosur no es considerado un bloque sólo económico —comercial, sino que excede esa faceta o al menos, pretende excederla—. Tanto a través de su estructura como de los foros que actualmente trabajan en áreas muy disímiles y el compro-

<sup>51</sup> Cfr. Araujo, N. de, ponencia “Controvérsias comerciais internacionais: Os princípios do DCI e os laudos do Mercosul”, II Congreso de Derecho Internacional, Curitiba, 30 de agosto de 2005.

miso de la sociedad civil, reflejan un propósito multifacético. No desconocemos el difícil trance que actualmente sufre el bloque, sin embargo, el hecho no es óbice para desconocer sus múltiples frentes de acción. Estando ciertos en que no persigue únicamente un objetivo comercial, es menester determinar si los otros ámbitos están en un plano equivalente al económico-comercial o si existen jerarquías. De todos modos, al admitir la utilización de los principios del derecho del comercio internacional, no podemos descartar los principios del derecho ambiental.<sup>52</sup>

Es fundamental ubicar la protección ambiental en su rango de principio y justificar la pertinencia de la afirmación, para comprensión, interpretación y búsqueda de una resolución del litigio al quedar captado por la categoría de caso crítico. La solución procede acorde a cómo opere la ponderación de los valores, la jerarquía por sobre las reglas y su encuadre en la teoría del desarrollo. De esta suerte, el TPR, al descartar ab initio la consideración de la protección ambiental como principio, estaría equivocando la premisa pues no habría equivalencia ontológica sino rango de regla y excepción. Además de no articular la “excepción” con la teoría del desarrollo que conduce a constatar modificaciones del objeto en función de los factores implicados.

No puede sortearse un hecho. Totalmente vinculada al concepto de desarrollo sostenible, es la relación que mantiene esta rama jurídica —derecho ambiental— con la economía, objeto permanente de reflexión tanto para quienes investigan los problemas actuales de la sociedad, como para juristas y economistas. Este acaecer no es fruto de la casualidad sino consecuencia de las múltiples incidencias que la economía proyecta sobre la ciencia ambiental y la inevitable dicotomía que refleja la relación entre ambas materias según sea el grado de desarrollo de los Estados. Entre las manifestaciones visibles no es

<sup>52</sup> Antes de concluir el siglo XX, en importantes conferencias internacionales sobre la protección y conservación del medio ambiente, celebradas en Estocolmo (1972) y Río de Janeiro (1992) —precitadas en el texto—, se enunciaron varios principios, entre los que se destacan los de prevención, precaución, responsabilidad internacional por los daños al medio ambiente y “quien contamina paga”. Véase Villagrán Kramer, F., “La globalización y los principios del derecho internacional”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, núm. 17, 2005, p. 340.

menor la reflejada en los movimientos transfronterizos de desechos y sustancias peligrosas.

El derecho internacional del medio ambiente se vale de una serie de instrumentos económicos y comerciales tendientes a organizar la protección ambiental a través de la regulación del mercado.<sup>53</sup> Se señala en el laudo del TAHM que el análisis no puede llevarse a cabo de manera aislada sino en forma conjunta con otros temas vinculados al desarrollo de los pueblos.

En orden a estas constataciones, el conflicto puede considerarse un caso difícil en el sentido que el tribunal estima necesario la ponderación con otros principios, como el de precaución, cuya aplicación procede cuando están en debate cuestiones ambientales frente al peligro de daño grave o irreversible; la falta de certeza científica no debe ser motivo para no adoptar providencias juzgadas necesarias.

Las medidas de política comercial con fines ambientales no deben constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificada, ni una restricción velada al comercio internacional. Debe en cambio, haber certeza científica de cara a la incuestionable importancia de implementar políticas ambientales. El poder público se vale de criterios científicos objetivos que son los que conducen al equilibrio entre la toma de decisiones para resultados a largo plazo y la satisfacción de necesidades de corto plazo.

La Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo sustenta entre sus objetivos la protección a la integridad del sistema ambiental<sup>54</sup> y el desarrollo mundial, e incentiva la articulación de principios comprometidos en esta ciencia, fundamentales a la protección a la vida y a la seguridad pública con meridiano contenido social. La sistemática jurídica de la integración se vale de la pondera-

<sup>53</sup> *Cfr.* Tamames, R., *Un nuevo orden mundial*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, pp. 112 y ss. Señala el autor que, desde los orígenes de esta disciplina, se vienen adoptando orientaciones originales e innovadoras entre las que se encuentran reglas reguladoras del comercio internacional.

<sup>54</sup> Principio por el cual la falta de certeza científica no puede ser utilizada como motivo o justificación para postergar la adopción de medidas y programas tendentes a evitar posibles o potenciales daños al medio ambiente. Considerando que el principio protectorio es parte del proceso de desarrollo, no puede analizarse aisladamente sino constituir parte integrante del proceso de desarrollo.

ción de estos principios, especialmente el de proporcionalidad,<sup>55</sup> la limitación de la reserva de soberanía, la razonabilidad y la previsibilidad comercial,<sup>56</sup> así como aquellos que atemperan un mercado libre de barreras como son la eficiencia,<sup>57</sup> la cooperación entre los pueblos,<sup>58</sup> la prevención<sup>59</sup> y el principio de precaución.<sup>60</sup>

Sin perjuicio de esta apreciación, es de máxima relevancia el informe presentado por los peritos; son ellos quienes con mayor grado de certeza y cientificidad están autorizados a determinar a través de la pericia el grado del daño que produce el producto cuyo ingreso al país demandado se discute. En este orden de ideas se afirma que toda actuación ambiental requiere de una toma en consideración de los datos que proporciona la ciencia y la técnica, siendo significativa la

<sup>55</sup> El laudo sexto, al referirse al principio de la proporcionalidad, expresa que “por la lógica del proceso de integración, no se admiten trabas al comercio para la protección de bienes que podría ser obtenida por medios menos restrictivos, como por ejemplo, informar al consumidor acerca del producto que está comprando, sus especificidades y cualidades”, p. 33.

<sup>56</sup> Se afirma que la vigencia, en derecho ambiental, del principio de prevención, avala el hecho de no ser imprescindible una certeza del daño, sino que basta con una alta probabilidad de riesgo; este tipo de daños es muy difícil de probar por anticipado. El concepto de prevención se vincula a la responsabilidad de los Estados por la realización de actividades ultra riesgosas. Se trata de un principio diferente al deber de reparar, remediar o compensar. Dupuy, P. M., *Droit International Public*, París, Dalloz, 1998, p. 423.

<sup>57</sup> La aplicación de este principio impone una distribución racional de recursos, pues a su amparo se pretende garantizar que los costos comprendidos en el proceso de integración efectivamente sirvan para incrementar un régimen de comercio desarrollado y competente (laudo TAHM, § 67).

<sup>58</sup> A través de este principio, se exige que los regímenes comerciales en desarrollo promuevan vínculos más allá de las fronteras, buscando el perfeccionamiento de los sistemas internacionales de cooperación (laudo TAHM, § 68).

<sup>59</sup> De esta suerte, es importante ejercitar la política de prevención, pues la compensación, en el caso de daño, no siempre restablece la situación prevaleciente antes del suceso. Se trata de un principio incorporado en diversos tratados internacionales relativos a la protección del medio ambiente, accidentes nucleares, objetos espaciales, cursos de agua internacionales, ordenación de residuos peligrosos entre otros. Una exposición muy completa acerca de este principio puede verse en Novak Talavera, F. y García-Corochano Moyano, L., *Derecho internacional público*, Lima, Pontificia Universidad Católica, vol. 1, t. II, 2001, p. 488.

<sup>60</sup> Es corolario de la constatación de falta de certeza científica la que hace a la necesidad incuestionable de implementar políticas ambientales (§ 70).

utilización de la tecnología apropiada para cada situación.<sup>61</sup> Ahora bien, a través de la argumentación jurídica se efectuará luego la interpretación a los fines de dictar un pronunciamiento justo.

### III. REFLEXIONES FINALES

La cuestión ambiental en los procesos de integración es un tema ineludible por la importancia de los recursos naturales compartidos, las condiciones ecuanímes de competitividad y la complejidad de observar un desarrollo sustentable con la libre circulación de bienes, servicios y personas.<sup>62</sup>

El Mercosur ha obrado de bisagra en el tema del medio ambiente en la región por su vasta contribución a crear una conciencia de preservación sobre la materia en América Latina. Esta afirmación no es aventurada, por el contrario se basa en el hecho de una despreocupación o desinterés en la conservación del medio ambiente hasta la aparición del bloque en el escenario internacional. Los países miembros tenían un pensamiento muy improvisado en la exploración de los diferentes recursos naturales y respecto a los peligros o daños ambientales a causa de los más variados medios.

No pasa inadvertido el número de instituciones y de doctrina que ha señalado como uno de los elementos que condiciona la eficacia de la protección jurídica del medio ambiente, su configuración como un bien común, su salvaguardia es un problema que atañe al interés general. Los derechos e intereses jurídicos en pugna no son fácilmente individualizables y susceptibles de tutela judicial a instancia de los titulares como sí resultan en cambio, los derechos de índole económica.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Véase Juste Ruiz, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, Ciencias Jurídicas-McGraw-Hill, 1999, p. 13.

<sup>62</sup> *Cfr.* Devia, L., "La sustentabilidad y los procesos de integración Mercosur, Nafta y ALCA", en *J.A.*, 2002-III-931.

<sup>63</sup> En este sentido, afirma C. Plaza que en el contexto de la UE la falta de intereses particulares de carácter económico se consideró una de las razones influyentes en la deficiente aplicación del derecho comunitario ambiental, frente a otros sectores en los cuales la competencia entre agentes económicos incentiva la exigencia mutua de respeto al derecho, y conduce a que la función de control no recaiga de modo casi ex-

De esta suerte, entendemos que no es posible descartar ab initio la ponderación de principios eslabonados a concretar jurídicamente el cambio, en aras de tomar conciencia acerca de la importancia de la materia. El sector integra el desarrollo del comercio internacional en los estadios de integración y quedan comprendidos bajo su halo el conjunto de postulados fundamentales en que se ampara la nueva ciencia.

Los principios pueden ser reconstruidos de forma apropiada a manera de “mandatos de optimización”, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las alternativas jurídicas y reales existentes. Este ámbito de posibilidades jurídicas es delimitado por los principios y reglas opuestas,<sup>64</sup> siendo la ponderación el método con el cual se pueden resolver los conflictos entre estos.

A lo que se apunta es a alcanzar un “equilibrio óptimo”, que resulta del hecho por el cual un principio “desplazado” por su “menor peso” no equivale a ser considerado un principio “sacrificado”.<sup>65</sup> Es en cada caso concreto que se resuelve, y por tanto no hay principios descartados sine die, ni en abstracto.

Siendo que cuando un axioma gana precedencia en un caso, no se asegura que lo mismo pueda ocurrir en el futuro, esta metodología no implica un peligro ni amenaza para el universalismo. En todo caso, es tan sólo una opción orientada a indicar la imposibilidad de adelantarnos en la ponderación de los factores influyentes para determinar el peso que debe reconocerse a ciertas propiedades que se combinan de diversos modos en la determinación de los valores.

Los límites al libre comercio desde la perspectiva del desarrollo están marcados por factores esenciales que hacen al proceso de desenvolvimiento. En Mercosur, todavía no se alcanza el grado de madurez necesaria, no para que no haya conflictos, esto es impensable y hace a la dinámica, operatividad y viabilidad incluso del modelo, si-

clusivo en autoridades públicas, pues es lo que sucede en el ámbito del medio ambiente. Véase Plaza Martín, C., *op. cit.*, nota 24, p. 95.

<sup>64</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, rev. de Ruth Zimmerling, Madrid, CEPC, 2002, p. 86.

<sup>65</sup> Cfr. Atienza, M., “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2002, pp. 196 y ss.

no para alcanzar soluciones acordes a los principios que obran como piedra angular sobre la cual se construye.

Es cierto que la razón no nos dice qué hacer en ciertos casos, pero frente a ese vacío hay que encontrar el cauce conducente a un criterio de evaluación objetiva. Los juicios de ponderación y la justificación de la elección de un principio se apoyan en algún tipo de control racional que suministre el criterio de evaluación ajustado.

Estimamos, finalmente, que frente a dos principios de igual jerarquía, prevalece el de mayor contenido social, aquel que proteja más y mejor el presente y futuro de la región, y afiance los principios de convivencia.

Una de las instancias se decide por evaluar entre dos principios, jerarquizando aquel que ponderó como el más favorable a los intereses en presencia. La instancia definitiva opta por jerarquizar la regla, reconociéndole más valor que a la excepción. ¿Es una solución dogmática? ¿Se mantendrá la regla? El laudo debe cumplirse y se están llevando a cabo las diligencias en tal sentido. Aplaudimos el cumplimiento que es la única vía legítima a considerar, y nos pronunciamos una vez más por fomentar en el espacio integrado la articulación entre derecho y desarrollo.