



LAS NEGOCIACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES ASPECTOS RELEVANTES PARA LA ARGENTINA

▣ RICARDO ARREDONDO

*La aplicación de los principios del Derecho Internacional
en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC*

(págs. 3-30)

▣ MARÍA INÉS RODRÍGUEZ

*Las negociaciones en materia de antidumping en la OMC :
perspectivas*

(págs. 33-56)

▣ INÉS GABRIELA FASTAME

*El Medio Ambiente y la OMC: La relación entre los Acuerdos Multilaterales
sobre medio Ambiente y el Sistema Multilateral de Comercio*

(págs. 59-90)

LAS NEGOCIACIONES ECONÓMICAS
INTERNACIONALES
ASPECTOS RELEVANTES PARA LA ARGENTINA



2

Es una publicación editada por el
Centro de Economía Internacional
y el Instituto del Servicio Exterior de la Nación

Comité de Revisores

*Elías Baracat
Valentina Delich
Carlos Galperín*

Coordinación

*Carlos Galperín
Eduardo Ablin*

Diseño y diagramación

Iván Gajardo Millas

Buenos Aires - mayo de 2004

*La publicación contó con la colaboración del
Programa de Fortalecimiento Institucional del
MRECIC - Proyecto BID 1279 AC/AR*

CEI
CENTRO DE ECONOMÍA INTERNACIONAL
www.cei.gov.ar



www.isen.gov.ar

Buenos Aires, abril de 2004

El actual mapa de negociaciones comerciales internacionales refleja una compleja combinación de tableros multilaterales, regionales, birregionales y bilaterales, interrelacionados de tal modo que lo que se debate en un foro no pueda dejar de considerar las vinculaciones con las decisiones de las demás instancias de negociación. Al mismo tiempo, la complejidad de las negociaciones se ha venido profundizando a partir de la inclusión de nuevos temas, muchos de los cuales corresponden a cuestiones que tradicionalmente pertenecían al área de las políticas internas de los países, y que recién en los últimos años se incorporaron en las discusiones de política comercial.

Es por ello que resulta necesario ampliar el abanico de temas de estudio para conocerlos en detalle y así contar con una preparación acorde a la envergadura de las negociaciones en curso, más aún teniendo en cuenta la vocación de inserción internacional de nuestro país y la disposición de participar de manera activa en todos los foros y en todos los temas, bajo un prisma multipolar y pluritemático.

Con este objetivo, el CEI y el ISEN han decidido publicar un conjunto de trabajos elaborados por funcionarios de la Cancillería que encaran algunas de estas cuestiones, con el objeto de ayudar a su difusión en los ámbitos políticos, académicos y empresarios, como parte del debate necesario para el desarrollo de la estrategia negociadora del país.

Al igual que en el primer número, en esta edición se incluyen tres temas referidos al sistema multilateral de comercio y sus consecuencias sobre el diseño de las políticas económicas de los países.

En primer lugar se analizan las bases jurídicas del Sistema de Solución de Controversias de la OMC, mecanismo útil para la defensa de los intereses comerciales de los países cuando los mismos ven menoscabados sus derechos comerciales por acciones de otros países. El segundo artículo se refiere a las negociaciones en materia de antidumping, claves para evitar que la discrecionalidad resulte en un abuso de este instrumento. Por último, el tercer artículo revisa la relación entre comercio y medio ambiente en la OMC, nuevo tema que en algunos casos esconde intereses proteccionistas para debilitar la liberalización comercial en marcha.



Hernán Lacunza
Director del CEI



Emb. José Sanchís Muñoz
Director del ISEN

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL
EN EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS
DE LA OMC

Ricardo Arredondo

INDICE

RESUMEN	5
I - INTRODUCCIÓN; EL DISEÑO DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL	5
II - EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC	8
III - LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS ACUERDOS DE LA OMC	11
A -INTERPRETACIÓN DE NORMAS	11
B -VINCULACIÓN ENTRE LOS ACUERDOS DE LA OMC Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES	14
C - APLICACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL	18
<i>i - Responsabilidad del Estado</i>	18
<i>ii - Estoppel</i>	23
<i>iii - Abuso de derechos</i>	24
<i>iv - Agotamiento de los recursos internos</i>	25
IV - CONCLUSIONES	27

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Ricardo Arredondo (*)

* Funcionario del Servicio Exterior de la Nación. Abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Master of Laws (Merits) (London School of Economics and Political Science, University of London).

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores y no comprometen a las instituciones en las cuales se desempeñan.

RESUMEN

▣ La realidad internacional contemporánea ha provocado una diversificación de la agenda internacional y el surgimiento de un conjunto de regímenes internacionales destinados a regular estas materias. En las últimas décadas, se ha podido observar una progresiva tendencia a incluir mecanismos de solución de controversias en un creciente número de tratados y acuerdos internacionales, tanto de carácter bilateral como multilateral. La exigencia de crear medios de solución de controversias con aptitud para brindar un arreglo satisfactorio y real a las diferencias, se ve además subrayada por la necesidad de prevenir una escalada en los conflictos que podrían conllevar consecuencias aún más perjudiciales para el sistema en su conjunto.

▣ La mayoría de estos mecanismos, en mayor o menor medida, responden a los parámetros básicos establecidos por el derecho internacional general para ello. Sin embargo, cada uno se encuentra influenciado por la diferente naturaleza y objetivos de los acuerdos que los contemplan y, básicamente, por la distinta percepción de la relevancia del derecho como herramienta para conseguir dicha finalidad.

▣ El objetivo de este trabajo consiste en analizar la interrelación existente entre el derecho internacional y las normas de los acuerdos de la OMC, en particular a través de la utilización que de las mismas ha hecho el Órgano de Solución de Diferencias, a fin de determinar si nos encontramos en presencia de un mecanismo de solución de controversias que responde a los parámetros clásicos que caracterizan a estos procedimientos o bien si se trata de un mecanismo autónomo e independiente, con peculiaridades que le son propias y que responden a criterios privativos de esta organización. La determinación de la naturaleza del régimen, nos permitirá a su vez poder verificar el grado de influencia o recepción que los principios generales del derecho internacional tienen en este nuevo sistema de solución de diferencias y, a partir de allí, determinar el grado de cohesión del sistema de la OMC con el derecho internacional general. Ello en el entendimiento de que a mayor grado de recepción de los principios generales del derecho internacional, el sistema resulta más previsible y, por lo tanto, otorga mayor seguridad a las partes que quieren recurrir a él para solucionar sus diferencias.

I - INTRODUCCIÓN. EL DISEÑO DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La realidad internacional contemporánea ha provocado una diversificación de la agenda internacional y el surgimiento de un conjunto de regímenes internacionales destinados a regular estas materias. Por ejemplo, figuran temas como medio ambiente, nucleares, seguridad internacional, terrorismo, drogas, cuestiones políticas -v.g. cooperación para fortalecimiento de procesos democráticos-, negociaciones económicas multilaterales -con la consecuente creación del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT o GATT 1947) y del Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC o GATT 1994), convenios de promoción y protección de inversiones -que llevaron al establecimiento del CIADI-, tratados para evitar la doble imposición, cuestiones jurídicas relacionadas a los procesos de integración regionales, cuestiones limítrofes y territoriales, entre otras. Tales organismos y regímenes, que incluyen los planos bilateral y multilateral, generan normas que trascienden el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos.

Una consecuencia natural de la creciente interacción de los distintos actores que conforman la comunidad internacional, cuyos principales sujetos continúan siendo los Estados, ha sido el paulatino aumento del número de controversias. Las controversias en el plano internacional ponen de relieve una peculiaridad propia del derecho internacional: la falta de un sistema judicial obligatorio entre Estados. En ausencia de acuerdo entre las partes respecto a un foro mutuamente aceptable para solucionar sus diferencias y el derecho aplicable al caso, no existe previsiblemente un tribunal con jurisdicción obligatoria al que se pueda recurrir ni tampoco existe certeza con respecto al derecho aplicable¹. Por lo tanto, las disputas internacionales acentúan la necesidad de establecer mecanismos adecuados de solución de controversias con el objetivo de, primero, prevenir y evitar el surgimiento de esas disputas y, en caso de que estas se presenten, se pueda alcanzar una solución apropiada. A pesar de que las controversias son un elemento característico de las relaciones internacionales, como lo son en general en todas las relaciones humanas, y no obstante el amplio consenso existente en el sentido de que las controversias deben ser resueltas de modo pacífico, los intentos por diseñar técnicas e instituciones con este objetivo parece ser un fenómeno relativamente reciente².

En la antigüedad las disputas interestatales se referían a cuestiones comerciales de escaso valor, mientras que en la actualidad, en un contexto de creciente globalización e interdependencia, las diferencias por cuestiones comerciales y económicas han adquirido una relevancia especial y el número de disputas se ha multiplicado exponencialmente. La exigencia de crear medios de solución de controversias con aptitud para brindar un arreglo satisfactorio y real a las diferencias se ve además subrayada por la necesidad de prevenir una escalada en los conflictos que podrían conllevar consecuencias aún más perjudiciales para el sistema en su conjunto.

En las últimas décadas, se ha podido observar una progresiva tendencia a incluir mecanismos de solución de controversias en un creciente número de tratados y acuerdos internacionales, tanto de carácter bilateral como multilateral³. En particular, nuestro país es parte de un elevado número de acuerdos que contemplan mecanismos de solución de controversias (v.g. OMC, Mercosur, ALCA, ALADI, Organización Mundial para Propiedad Intelectual, etc.). La mayoría de estos mecanismos, si no todos, contienen procedimientos de solución de diferencias que, en mayor o menor medida, responden a los parámetros básicos establecidos por el derecho internacional general para ello. Sin embargo, cada uno se encuentra influenciado por la diferente naturaleza y objetivos de los acuerdos que los contemplan y, básicamente, por la distinta percepción de la relevancia del derecho como herramienta para conseguir dicha finalidad.

No todas las disputas internacionales tienen una naturaleza similar, dado que cada régimen contiene un número de elementos que lo diferencia de los otros. Consiguientemente, el diseño de un adecuado mecanismo de solución de controversias para un determinado régimen requiere que los elementos contextuales sean debidamente analizados al momento de su creación. Estos elementos no son en realidad “factores jurídicos” sino externalidades que pueden influenciar o ayudar a establecer un mecanismo adecuado de solución de controversias para el régimen de que se trate. Desde una perspectiva política, se puede afirmar que las disputas internacionales presentan una triple dimensión: social, material y temporal. La dimensión social se refiere a dónde existe una disputa y quiénes son sus protagonistas. La dimensión material está relacionada con la materia que constituye el objeto de la disputa. La dimensión temporal atañe a cuándo se produce la disputa, su duración y cuándo es resuelta. Estas tres dimensiones están presentes en toda controversia y pueden ejercer un impacto crucial sobre la efectividad de los medios o mecanismos diseñados para resolverla⁴.

1) Golberg, Green y Sander (1985), p. 443.

2) Merrils. (1991), pag. 230. También puede verse Freeman (1995) y Nagel y Mills (1991).

3) Al respecto se puede ver Higgins (1994), p. 187/188.

4) Merrils (1991), p. 232.

Un mayor grado de interacción entre los Estados implica mayores posibilidades de desacuerdo. Proporcionalmente, las posibilidades de que estas disputas entre Estados con un elevado grado de interacción sean resueltas pacíficamente son también considerables. Cuando el objeto de la controversia es una cuestión meramente técnica, sin mayores consecuencias políticas o económicas, existen mayores posibilidades de una transacción rápida entre las partes que cuando se encuentran involucradas cuestiones políticas o económicas de magnitud. Por lo tanto, a medida que se incrementa el grado de interacción e interdependencia entre los Estados, se presume que existe un fuerte interés en encontrar y diseñar “*un mecanismo de solución de controversias obligatorio, neutral y con intervención de un tercero como el único medio efectivo, económico y no destructivo de resolver las disputas*”⁵.

Sin embargo, existe una brecha entre lo que, en teoría, debería ser un óptimo mecanismo de solución de controversias y lo que los Estados están preparados a conceder en la práctica. Cuando los Estados involucrados en un proceso de negociación económica o política deben diseñar un sistema de solución de disputas, se enfrentan a dos tipos de fuerzas: externas e internas. Desde una perspectiva externa, se asume que no todas las partes en la negociación están interesadas en el mismo tipo de mecanismo de solución de controversias. La asimetría en el poder relativo de los Estados hace que aquellos con menor poder relativo, y que por lo tanto no pueden recurrir a la utilización de otros elementos extrínsecos para ejercer poder o influencia en la resolución de la disputa, busquen un mecanismo de solución obligatorio y estricto; mientras que los Estados más fuertes tratarán de evitar un mecanismo rápido y automático de solución de diferencias, propiciando en cambio mecanismos informales o con un menor grado de rigidez para asegurar la implementación de las decisiones que se adopten. Simultáneamente, los Estados negociadores deben enfrentar la presión interna de grupos económicos nacionales que sienten que sus intereses pueden estar en peligro o que serán afectados por la conclusión de un determinado acuerdo.⁶ Desde este punto de vista es importante distinguir el lenguaje empleado en el acuerdo de lo que las Partes están dispuestas a realizar al momento de implementarlo. En ocasiones, los Estados se ven obligados a alcanzar un acuerdo en términos tales que sirvan para aplacar la presión interna o externa a la que se ven expuestos y que puede o no coincidir con sus aspiraciones.

En un período en que los factores económicos han cobrado una relevancia gravitante en las relaciones internacionales, el sistema de solución de las controversias de la OMC evolucionó de un modelo caracterizado por un mayor influjo de factores económicos y políticos, donde el enfoque diplomático basado en las diferentes relaciones de poder de las partes de una disputa era trascendental, hacia un esquema más legalista, con un enfoque basado en reglas de derecho y solución imparcial de las controversias⁷. Atendiendo a una necesidad de mayor “justicia” y “equidad” en las relaciones internacionales, el sistema de paneles de la OMC procura brindar nuevas oportunidades a los países en desarrollo de “desafiar” las medidas comerciales de aquellos Estados económicamente poderosos y que normalmente dominan el proceso de toma de decisiones en las negociaciones multilaterales, neutralizando así el poderío económico o el peso político de las partes. La adopción de un sistema de solución de diferencias “equitativo” dentro de un régimen comercial se vincula con la legitimidad del régimen y provee un mejor incentivo a las partes para dar cumplimiento a sus obligaciones comerciales multilaterales⁸.

Este sistema, asimismo, promueve la adopción de soluciones de tipo judicial en el derecho económico internacional al crear un tribunal permanente de apelación. Esto refleja la necesidad

5) Reisman and Wiedman (1995), p. 6.

6) Como lo señala Reisman “una de las dificultades en cerrar tales acuerdos deriva del fenómeno que, mientras la eficiencia agregada de cada economía nacional podría incrementarse como consecuencia del acuerdo, las fuerzas del mercado transformadoras conducentes a esa eficiencia agregada pueden llegar a dañar a ciertos grupos nacionales, al menos en el corto plazo. Esto tiene una consecuencia transformadora constitutiva y política”. Conf. Reisman and Wiedman (1995), p. 12.

7) Petersmann, Ernst Ulrich (1997), p. 64. También puede verse Jackson (1989) y Cameron y Campbell (1998).

8) Cameron y Gray (2001).

de establecer un mecanismo neutral para las disputas comerciales fundamentado, primariamente, en la interpretación de los acuerdos de la OMC. Decisiones justas de este tribunal deberían llevar a soluciones que sean mutuamente aceptables para las partes, que esté de conformidad con los acuerdos abarcados⁹.

El objetivo de este trabajo es pues analizar la interrelación existente entre el derecho internacional y las normas de los acuerdos de la OMC, en particular a través de la utilización que de las mismas ha hecho el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante OSD), establecido en el Artículo 2 del “*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*” (en adelante ESD). Ello, a fin de determinar si nos encontramos en presencia de un mecanismo de solución de controversias que responde a los parámetros clásicos que caracterizan a estos procedimientos o bien si se trata de un mecanismo autónomo e independiente, con peculiaridades que le son propias y que responden a criterios privativos de esta organización. La determinación de la naturaleza del régimen, nos permitirá a su vez poder verificar el grado de influencia o recepción que los principios generales del derecho internacional tienen en este nuevo sistema de solución de diferencias y, a partir de allí, determinar el grado de cohesión del sistema de la OMC con el derecho internacional general. Ello en el entendimiento de que a mayor grado de recepción de los principios generales del derecho internacional, el sistema resulta más previsible y, por lo tanto, otorga un mayor grado de seguridad a las partes que quieren recurrir a él para solucionar sus diferencias.

Al respecto, se realizará en primer lugar una breve descripción de las estrategias de diseño de mecanismos de solución de controversias y se describirá, de manera somera, el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Posteriormente, se analizará la interacción entre los principios generales del derecho internacional con el sistema de acuerdos de la OMC en el modo señalado precedentemente, para finalmente elaborar algunas conclusiones que permitan determinar el grado de recepción de los principios generales del derecho internacional en el sistema de solución de diferencias de la OMC y la previsibilidad de éste.

II - EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

En el GATT 1947¹⁰, después de un período inicial, en el cual, cuando las Partes afectadas por una controversia no llegaban por sí mismas a una solución, recurrían a un procedimiento *ad hoc* que se desarrollaba ante un comité formado por representantes de los gobiernos afectados (“solución política”), se pasó a un sistema consistente en un “panel” o comité de representantes de Estados que no tenían interés en el asunto (solución, en términos muy amplios, “cuasijudicial”)¹¹, cuyos informes elevados al Consejo para su aprobación por unanimidad y consiguiente adquisición de fuerza jurídica vinculante constituyeron una doctrina que interpretó y completó algunas disposiciones del acuerdo General.

En el antiguo GATT el procedimiento de solución de diferencias no preveía plazos fijos, era más fácil obstruir la adopción de las resoluciones y en muchos casos pasaba mucho tiempo sin que se llegara a una solución concluyente. El Acuerdo de la Ronda Uruguay estableció un procedimiento más estructurado, con etapas más claramente definidas. Implantó una mayor disciplina en cuanto al tiempo que debía tardarse en resolver una diferencia, con plazos flexibles para las diversas etapas del procedimiento.

9) Conf. artículo 3.7 del Entendimiento de solución de diferencias de la OMC.

10) Arts. XXII y XXIII.

11) Collier y Lowe (1999), p. 97.

El actual sistema de solución de controversias tiene un ámbito de aplicación material más amplio, ya que no se limita a las diferencias sobre el comercio de mercancías, sino que se extiende a todos los nuevos ámbitos regulados por la OMC (por ejemplo, servicios, propiedad intelectual, contratación pública, etc.)¹². Más aún, el actual sistema ha dejado de ser un conjunto de acuerdos *ad-hoc*, informes de los paneles y entendimientos entre las partes, para estar debajo de un marco jurídico único: el “Acuerdo sobre la OMC”¹³.

El Anexo 2 del Acuerdo OMC contiene el sistema integrado denominado “*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*” (ESD), aplicable entre los Estados Miembros de la OMC en relación con todos los Acuerdos de los cuatro anexos (“acuerdos abarcados”).

Las líneas directrices de la solución de diferencias se basan en la obligación de buscar soluciones conciliadoras, de forma que se debe actuar con buena fe y ánimo de cooperación a fin de descartar que se llegue propiamente a un contencioso¹⁴. Se presume que si se constata una violación al Acuerdo, la parte demandante ha sufrido un menoscabo de sus derechos¹⁵. También se puede iniciar el procedimiento con la finalidad de lograr un ajuste del mismo si la diferencia se suscita no por una violación de los Acuerdos sino por una aplicación que tiene por efecto menoscabar o anular las ventajas del sistema¹⁶.

El sistema orgánico del Entendimiento consiste en el Órgano de Solución de Diferencias (OSD, que es el Consejo General de la OMC)¹⁷, si bien se puede nombrar un Presidente especial para estas reuniones.

Es obligatorio celebrar consultas entre las partes de la controversia antes de acudir a cualquier procedimiento de buenos oficios, conciliación y mediación (por ejemplo, pueden acogerse a la mediación del Director General de la OMC)¹⁸. Cualquiera de estos procedimientos, voluntarios, se deberán utilizar antes de acudir al sistema de convocatoria de “grupos especiales” o “paneles” (comité reducido de expertos, cuyo informe se somete a la aprobación del Órgano de Solución de Diferencias OSD).

La gran novedad consiste en que se elimina el requisito de la unanimidad para la aprobación del informe del “panel”, éste será aprobado de no ser que exista un consenso en contrario (método del consenso negativo). Esta innovación en el proceso de toma de decisiones multilateral ha sido considerada como “*el cambio más importante en la jurisprudencia de la economía global en la segunda mitad del siglo XX*”¹⁹.

Las disputas en la OMC son manejadas en forma expeditiva. Los informes de los paneles son emitidos en un tiempo relativamente corto, como regla general seis meses -o tres meses en casos de urgencia-, después de que las partes presentan sus comunicaciones²⁰. El Informe del “panel” deberá pronunciarse sobre si hubo o no violación de las obligaciones asumidas en la OMC (de cualquiera de sus acuerdos) y determinará el plazo para restablecer la situación²¹. El OSD velará para que se cumpla el Informe aprobado²². En los casos en que no sea posible restablecer el

12) Conf. Artículo 1.1 y Apéndice 1 del ESD.

13) Conf. el Artículo 1 del Acta Final en la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales o Acta de Marrakech.

14) Conf. Artículo 3.10 del ESD.

15) Conf. Artículo 3.8 del ESD.

16) Conf. Artículo 26 del ESD.

17) Conf. Artículo 2.1 del ESD.

18) Conf. Artículo 4 del ESD.

19) Nichols (1996), p. 379.

20) Conf. Artículo 12.8 del ESD.

21) Conf. Artículos 19 y 20 del ESD.

22) Conf. Artículo 21.6 del ESD.

derecho violado, se prevé la compensación a los Estados miembros perjudicados. Ahora bien, si la parte infractora es un país menos desarrollado, el Estado perjudicado deberá actuar con moderación (así como los órganos que entiendan de la controversia concreta)²³. Si la Parte condenada no restablece el derecho o no adopta las compensaciones estipuladas, entonces la Parte vulnerada puede adoptar medidas de retorsión, previa autorización del OSD, suspendiendo temporalmente obligaciones en el mismo sector, si ello fuera posible, y si no en cualquier otro del mismo Acuerdo, y si tampoco fuera posible en el marco del mismo Acuerdo, en cualquier Acuerdo del sistema OMC (“retorsiones cruzadas”) por un valor equivalente al perjuicio sufrido²⁴. Si el OSD no autorizara las medidas de retorsión solicitadas, se podrá acudir al mismo “panel” que establecerá un arbitraje vinculante o bien el arbitraje lo asumirá una persona nombrada por el Director General que dictará un laudo inapelable²⁵.

Sin embargo, si las Partes en la controversia deciden voluntariamente acudir a un arbitraje ya no pueden recurrir al sistema de “panel”.

Como los informes del “panel”, aceptados por el OSD, interpretan el Acuerdo OMC y determinan derechos y obligaciones, las Partes pueden recurrir ante el Órgano Permanente de Apelación²⁶. Este Órgano estará formado por siete personas con un mandato de cuatro años (reelegibles), si bien en cada apelación intervendrán tres miembros. Las Partes en la diferencia serán las que puedan apelar ante este Órgano y las cuestiones suscitadas se limitan a la interpretación en Derecho²⁷. El plazo para emitir su informe será de sesenta días y lo presenta directamente ante el OSD, que sólo podrá rechazarlo por consenso en un plazo de treinta días.

10

Una de las características más notorias del sistema de solución de diferencias de la OMC es la posibilidad que se da a terceras partes interesadas de intervenir en el procedimiento. Si más de un Estado Miembro solicita el establecimiento de sendos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único grupo especial para examinar las reclamaciones tomando en consideración los derechos de todos los Miembros interesados. Siempre que sea posible, se deberá establecer un grupo especial único para examinar tales reclamaciones²⁸. Las comunicaciones escritas de cada uno de los reclamantes se facilitarán a los otros reclamantes, y cada reclamante tendrá derecho a estar presente cuando uno de los otros exponga sus opiniones al grupo especial²⁹. Por su parte, el Artículo 10 del ESD contempla la figura del “*amicus curiae*”, estableciendo que “*en el curso del procedimiento de los grupos especiales se tomarán plenamente en cuenta los intereses de las partes en la diferencia y de los demás Miembros en el marco de un acuerdo abarcado a que se refiera la diferencia*”, dándole oportunidad a todo Miembro “*que tenga un interés sustancial*” de ser oído por el grupo especial y de presentar y recibir comunicaciones por escrito.

Desde el comienzo de la actuación de la OMC, en enero de 1995, el panorama estadístico es el siguiente:

	Reclamaciones presentadas a la OMC ¹	Grupos Especiales en actividad ²	Informes de Grupos Especiales y del Órgano de Apelación adoptados ³	Soluciones mutuamente convenidas	Otras diferencias resueltas o en suspenso ⁴
Número	309	28	77	43	26

Fuente: OMC (2004)³⁰

23) Conf. Artículo 24 del ESD.

24) Conf. Artículo 22 del ESD.

25) Conf. Artículo 25 del ESD.

26) Conf. Artículo 17 del ESD.

27) El ESD expresamente, en lugar de decir “*interpreta*”, señala que el OA “*aclara*” y que los paneles “*analizan*”, aunque para ello utilicen los métodos de interpretación de los tratados previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Ello debido a cierto recelo por parte de los Estados Miembros de preservar sus facultades. El autor agradece a Valentina Delich por esta observación. Ello no obstante, a lo largo de este trabajo se utilizará el término “*interpretación*” para referirse a dichos “*análisis*” y “*aclaraciones*”.

28) Conf. Artículo 9.1 del ESD.

29) Conf. Artículo 9.2 del ESD

30) De acuerdo a la última actualización disponible al 24 de marzo de 2004 en el sitio de la OMC (documento WT/DS/OV/20).

Ello representa un incremento sustancial respecto a la cantidad de disputas sustanciadas en el marco del GATT 1947. Ello muestra el alto grado de confianza que los Estados Miembros depositan en el sistema, lo que probablemente constituya su mayor éxito.

III - LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS ACUERDOS DE LA OMC

A) INTERPRETACIÓN DE NORMAS

Cuando surge una diferencia entre Estados y se pone en movimiento el engranaje destinado a darle una solución pacífica al conflicto, lo que se busca es, fundamentalmente, interpretar las normas que regulan el comportamiento de los Estados en la materia de que se trate.

Si bien las causas que están en el origen de las crisis internacionales pueden estar influidas por distintos factores de índole económica, política, social, territorial, limítrofe, etc., la controversia supone una discrepancia en la interpretación de las normas de un acuerdo que regulan derechos y conductas. En consecuencia, en los supuestos de diferencias internacionales en los cuales haya de aplicarse un determinado mecanismo de solución de controversias, sin perjuicio de los aspectos técnicos a que aquel se refiera (diferencias comerciales, ambientales, de propiedad intelectual, territoriales, etc.), la primera tarea será identificar las cláusulas convencionales que reglamentan la cuestión y proceder a interpretarlas, entendiendo por ello la labor de determinar “el sentido y alcance”³¹ de las mismas.

Una de las manifestaciones más reconocidas en el marco de aplicación del derecho internacional es la interpretación de las normas. La interpretación es consustancial con la aplicación de la norma, siempre es necesario “*determinar el sentido, fijar el alcance, esclarecer los puntos oscuros y las ambigüedades -tal vez deliberadamente deslizadas por los negociadores- de una disposición, antes de ordenar sus consecuencias en el caso concreto*”³². Todas aquellas personas llamadas a aplicar un tratado tienen como misión interpretarlo. A partir de allí, pueden formularse una serie de interrogantes referidos a: ¿Cuál es el objetivo que ha de perseguir el intérprete? En pos de ese objetivo, ¿cual es su libertad? ¿Acaso cuenta con principios, métodos, reglas de comportamiento, máximas de resultado? De haberlas, ¿es su naturaleza jurídica?

No es una casualidad que la interpretación de los tratados aparezca como el primer ítem de la competencia obligatoria del Tribunal de La Haya a la que se refiere el artículo 36.2 de su Estatuto ni que la interpretación de las disposiciones Convencionales haya enriquecido tradicionalmente la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales. Normalmente en el centro de una disputa se encuentra un conflicto acerca de la interpretación de ciertas normas.

Se considera que los principios que constituyen el derecho consuetudinario internacional en materia de interpretación de tratados se encuentran contemplados en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante CVDT)³³. El Órgano Permanente de Apelación (en adelante OA) expresó que había necesidad de clarificar el

31) Díez de Velasco (1996), Tomo I, p. 182.

32) Remiro Brotons (1996), capítulo 13, pto. 170.

33) Las reglas de interpretación de los tratados están recogidas en la Sección 3 de la parte III de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Arts. 31 a 33). La regla general establece que los tratados deberán interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del mismo en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y su fin, instrumentándose normas para utilizar otros medios, entre ellos los de interpretación de carácter complementario y los de tratados autenticados en dos o más idiomas (Art. 31). Esto significa que los elementos primordiales para interpretar un tratado son el sentido corriente de los términos, su objeto y fin, el acuerdo de las partes (interpretación auténtica), la conducta de éstas (interpretación cuasiauténtica) y las normas de Derecho Internacional. Adicionalmente, se puede recurrir a métodos complementarios (trabajos preparatorios y circunstancias de celebración) para confirmar la interpretación resultante de la aplicación del Artículo 31 o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado absurdo o irrazonable (Art. 32). Finalmente, el Artículo 33 establece normas para resolver los problemas de interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

contenido de las normas de los acuerdos de la OMC mediante la aplicación de las reglas fundamentales en materia de interpretación establecidas en el Artículo 31.1 de la CVDT³⁴. La aplicación universal de las disposiciones de la CVDT al derecho económico internacional es problemática, dado que alguno de los Estados Miembros de la OMC, incluyendo a los Estados Unidos, no son partes de dicha Convención. Sin embargo, el Órgano de Apelación, en el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, resolvió implícitamente esta duda al declarar que la CVDT representa la codificación del derecho internacional consuetudinario en la materia y, por lo tanto, es obligatorio para los Estados³⁵.

En el caso *Gasolina reformulada*³⁶, los reclamantes (Venezuela y Brasil) habían aducido que una reglamentación estadounidense en materia de gasolina constituía una discriminación contra la gasolina de los reclamantes e infringía los artículos I y III del GATT y el artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). El objeto de la diferencia era la aplicación por los Estados Unidos de la Ley estadounidense denominada Ley de Protección de la Calidad del Aire (Clean Air Act, «CAA») de 1990 y, más concretamente, la reglamentación promulgada por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos en aplicación de dicha Ley, con objeto de controlar la contaminación por sustancias tóxicas y de otro tipo provocada por la combustión de la gasolina producida en los Estados Unidos o importada a ese país³⁷. La CAA establecía dos programas para la gasolina con el fin de garantizar que la contaminación provocada por la combustión de la gasolina no excediera de los niveles de 1990 (denominados «líneas de base»³⁸) y que se redujera la presencia de contaminantes en grandes centros de población. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos trataron de justificar su posición afirmando que la medida adoptada porque estaba referida a la preservación de un recurso natural conforme al artículo XX (g) de dicho acuerdo, es decir, constituía una «medida» «relativa a» la conservación del aire puro en el sentido que da a esa expresión el apartado g) del artículo XX del Acuerdo General³⁹. El informe del Grupo Especial llegaba a la conclusión de que la reglamentación no era compatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT ni podía acogerse a las excepciones contempladas en el artículo XX. Los Estados Unidos apelaron el 21 de febrero de 1996 y el 22 de abril, alegando que el Grupo Especial había incurrido en error de derecho, en primer lugar, al mantener que las normas para el establecimiento de líneas de base de la Reglamentación sobre Gasolinas no están amparadas por el apartado g) del artículo XX del Acuerdo General y en segundo lugar, al interpretar el artículo XX en su conjunto. El Órgano de Apelación emitió su informe, en el que se modificaba el informe del Grupo Especial en cuanto a la interpretación del apartado g) del artículo XX del GATT, pero se llegaba a la conclusión de que el apartado g) del artículo XX no era aplicable en este asunto. En particular, en lo que se refería a la interpretación del artículo XX, el informe del Órgano de Apelación criticó el informe del Grupo Especial por “*pasar por alto una norma fundamental*

34) Caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* (en adelante, *Japón - Impuestos*), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R Sección D, p.10, que contiene una reafirmación de lo sostenido por el OA en el caso *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (1996) WT/DS2/AB/R (en adelante denominado *Gasolina reformulada*.)

35) Caso *Japón - Impuestos*, Sección D, “En el párrafo 2 del artículo 3 del ESD se estipula que el Órgano de Apelación debe aclarar las disposiciones del GATT de 1994 y los demás «acuerdos abarcados» del *Acuerdo sobre la OMC* «de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público». Cumpliendo este mandato, en el informe *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, subrayamos la necesidad de lograr dicha aclaración mediante la referencia a la regla fundamental de la interpretación de los tratados contenida en el párrafo 1 del artículo 31 de la *Convención de Viena*. Señalamos que esta regla general de interpretación «se ha elevado a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general». No cabe duda de que el artículo 32 de la *Convención de Viena*, en el que se aborda el papel de los medios de interpretación complementarios, se ha elevado también a la misma condición”.

36) *Gasolina reformulada*, WT/DS2/AB/R. <http://docsonline.wto.org/DDFDDocuments/v/WT/DS/2/ABR.WPF>.

37) La denominación oficial de esa reglamentación es «Reglamentación sobre Combustibles y Aditivos para Combustibles: Pautas para la gasolina Reformulada y Convencional», Parte 80 del Título 40 del Code of Federal Regulations y suele ser citada como Reglamentación sobre Gasolinas.

38) Un elemento integrante del proceso de aplicación de la Reglamentación sobre Gasolinas eran las líneas de base de 1990 correspondientes a la gasolina reformulada (en relación con los parámetros de azufre, olefinas y T-90 con arreglo al Modelo Simple) y de la gasolina convencional (con respecto a todos los parámetros). En consecuencia, la Reglamentación sobre Gasolinas contiene normas detalladas para el establecimiento de líneas de base. Según la naturaleza de la entidad de que se trate las líneas de base pueden ser individuales (establecidas por la propia entidad) o estatutaria (establecida por la Agencia y que se pretende que refleje la calidad media de la gasolina en los Estados Unidos en 1990).

39) El Artículo XX establece “*Excepciones generales: A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: ...g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;*”.

40) *Gasolina reformulada*, WT/DS2/AB/R, pto. III. B), p. 19.

41) En el Caso *EEC- Regulations of Imports of Parts and Components* (1990), el Artículo XX (d) del GATT 1947 fue interpretado de acuerdo al Artículo 31 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. En algunos otros casos se utilizaron las reglas de interpretación de la *Convención de Viena*

de la interpretación de los tratados” -el Artículo 31 de la CVDT- al interpretar una expresión sustancial del artículo XX (g) del GATT 1994, esto es, si la regla constituía una medida relativa a la conservación de recursos naturales no renovables⁴⁰.

Bajo el régimen del GATT 1947 parecería haber existido una aceptación tácita con respecto a la aplicación de las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁴¹. En particular, al observar las fuentes de interpretación del GATT 1947 los paneles, en general, le otorgaron particular relevancia a los trabajos preparatorios del Acuerdo⁴² y a otros elementos del contexto que iban más allá del texto del acuerdo⁴³.

En el sistema del OSD, resulta imperativo establecer, como método de trabajo, la interpretación y el alcance que debe darse a las normas de los acuerdos, de modo de asistir a los negociadores, a quienes intervienen en el proceso de toma de decisiones y a futuros paneles cuando se trata de navegar por las complejidades del régimen de la OMC, en particular si se está en presencia de aspectos que todavía resultan discutidos y controvertidos. Clarificar el contenido de las normas ayuda a percibir al sistema de solución de diferencias como más eficiente, a la vez que permite una mejor comprensión de los acuerdos de la OMC. Ello puede conducir a una solución más rápida de la controversia e inclusive podría llegar a evitar el surgimiento de una disputa, dado que una correcta interpretación puede ser determinante para futuros casos. Una interpretación adecuada, sistemática, coherente y auténtica facilita el desarrollo del sistema de comercio internacional al establecer un esquema sólido de solución de controversias, promoviendo la confianza de las partes interesadas en el funcionamiento del sistema.

El Artículo 3.2 del ESD expresamente establece la obligación de que los diferentes organismos involucrados en el proceso de solución de diferencias realicen la interpretación de los acuerdos “de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. Este requerimiento no sólo comprende las normas del GATT 1994 sino que, como lo ha establecido la jurisprudencia del OSD, incluye otros acuerdos tales como el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante para ADPIC o TRIPS)⁴⁴ y Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido⁴⁵. Tanto es así que una ocasión el OSD se refirió a este artículo como las únicas reglas de interpretación contenidas en los acuerdos de la OMC⁴⁶, aunque hay quienes sostienen que todas las fuentes citadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son potenciales fuentes de derecho aplicables a la OMC⁴⁷.

Los Grupos Especiales, previstos en el Art. 6 del ESD, más conocidos como “paneles”, han incorporado las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como guía para la interpretación de las normas del sistema jurídico de la OMC⁴⁸. Si bien la aplicación de los principios de la Convención de Viena no estaba del todo clara con relación al GATT 1947, dado que existían discusiones en torno a la naturaleza jurídica del GATT como tratado obligatorio, los textos resultantes de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales son

sin hacer expresa referencia a ella v.g. *United States Restrictions on Imports of Sugar* (1989) donde se aplicó el concepto de “sentido corriente” que haya de darse a los términos de un tratado, contenido en el Art. 31 de la Convención de Viena. Otros conceptos, tales como, “el contexto del acuerdo”, fueron aplicados en otros casos v.g. *European Economic Community - Restrictions on Imports of Dessert Apples-Complaint by Chile y Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*.

42) Al respecto cabe recordar que los trabajos preparatorios así como las circunstancias que rodean a la celebración de un acuerdo constituyen medios auxiliares de interpretación, conforme al Artículo 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

43) Estos elementos, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados integran la regla general de interpretación de un tratado.

44) Véase el caso *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS850/AB/R, diciembre de 1997.

45) Véase el caso *United States - Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear*, WT/DS24.R, adoptado el 25 de febrero de 1997.

46) Caso *European Communities Customs Classifications of Certain Computer Equipment* (en adelante LAN Computers), WT/DS62/AB/4.R, WT/DS67/AB/4.R y WT/DS68/AB/4.R, para 84.

47) Al respecto puede verse *Palmeter y Mavroidis* (1998), p. 398.

48) Los Paneles del GATT 1947 raramente hacen referencia a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aunque debe señalarse que la misma fue reconocida en el caso *US Restrictions on Imports of Tuna*, 33 I.L.M. 839.

considerados como tratados de derecho internacional, en la acepción del Artículo 2. 1. a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁴⁹. Ello tiene importantes implicancias tanto en lo que se refiere a su relación con otros acuerdos internacionales como con el derecho internacional en general.

B) VINCULACIÓN ENTRE LOS ACUERDOS DE LA OMC Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES

Interpretar las normas de los acuerdos de la OMC requiere determinar cómo las obligaciones de los Estados Miembros son afectadas por otros compromisos internacionales contraídos por esos Estados, sea anterior o posteriormente, y que son ajenos o externos al régimen de la OMC. La importancia de esta cuestión radica en la posibilidad de que los acuerdos externos al régimen de la OMC contengan normas conflictivas o contradictorias con dicho régimen, en cuyo caso resultará necesario dar prioridad a alguna de ellas. El Órgano Permanente de Apelación está en condiciones de realizar dicha operación dada su capacidad de interpretar los acuerdos de la OMC de conformidad con las reglas generales de interpretación descriptas en el punto precedente.

Dado que el OSD es un órgano creado por un tratado y encargado de interpretar la normativa relacionada al mismo, su jurisdicción primaria está limitada a la aplicación de las normas de los acuerdos de la OMC. Ello no obstante, como lo establece el Artículo 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los tratados deben ser interpretados considerando no sólo sus disposiciones sino *“toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”*. En realidad, se ha sostenido que una interpretación de los acuerdos de la OMC en forma aislada de otros acuerdos internacionales podría contradecir el propósito y el objeto del GATT 1994. El OSD, en el caso *“Japón - Impuestos”* y retomando la posición sostenida en el caso *“Gasolina reformulada”*⁵⁰ sostuvo que *“no debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público”*.

La vinculación de las provisiones de los acuerdos de la OMC con otras normas internacionales, en especial con relación a los acuerdos internacionales referidos al medio ambiente, ha sido materia de un amplio debate en el plano académico⁵¹.

La cuestión de normas conflictivas y su potencialidad de sustituir a las normas de la OMC ha surgido en reiteradas oportunidades en la jurisprudencia de la OMC, principalmente, en el contexto de acuerdos internacionales referidos al medio ambiente y los paneles se han mostrado renuentes a dictaminar en forma definitiva sobre esta cuestión. En muchos casos, la renuencia de los integrantes de los Grupos Especiales a avocarse al estudio y vinculación de los temas no estrictamente relacionados con el comercio, tales como el medio ambiente, se debió a la falta de “expertise” de los panelistas sobre estos temas y a la imaginaria amenaza que representaba la eventual participación de las ONGs en este debate. Si bien los Grupos Especiales están facultados para buscar el asesoramiento de expertos en materias científicas o técnicas, raramente lo han hecho. Una mayor transparencia puede contribuir a resolver las preocupaciones comerciales relacionadas con los planes/programas de ecoetiquetado y puede ayudar también a alcanzar los objetivos medioambientales facilitando a los consumidores una información precisa y completa. El Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) estimó que un importante punto de partida para que los Miembros de la OMC puedan tratar algunas de las preocupaciones comerciales planteadas en torno a los planes/programas de ecoetiquetado es examinar el modo de conseguir la adecuada transparencia en su preparación,

49) Dicha norma dispone que “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

50) *Gasolina reformulada*, WT/DS2/AB/R, Sección III. B.

51) Al respecto puede verse Cameron and Robinson (1991); Dunoff (1994), p. 1065; Brack (1997), p. 112.

adopción y aplicación, inclusive dando posibilidades de que en su preparación participen las partes interesadas de otros países⁵².

En el caso “*Canadá - Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*”⁵³, Canadá sostuvo que las restricciones a las exportaciones tenían como propósito conservar recursos naturales no renovables, lo cual estaba permitido de conformidad con el Artículo XX (g) del GATT 1947. Como fundamento de su posición, Canadá se refirió a sus relaciones bilaterales con los Estados Unidos, incluyendo los tratados por los cuales ambos Estados estaban obligados⁵⁴ y sostuvo la relevancia de la aplicación de los principios referidos a la conservación de pesquerías establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El Panel sostuvo que las medidas canadienses eran inconsistentes con el Artículo XI del GATT 1947 y no estaban justificadas por el Artículo XX de dicho instrumento. Sin embargo, el Panel no expresó opinión acerca de la aplicabilidad de otros acuerdos internacionales, limitando su mandato al examen de la aplicación de las medidas adoptadas por Canadá a la luz del GATT 1947.

En los casos “*Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*”, tramitados a través del antiguo procedimiento de solución de diferencias del GATT 1947, los paneles declinaron la oportunidad de recibir asistencia de expertos en materia científica y ecológica, a pesar de que otros paneles, bajo el mismo procedimiento, habían recibido testimonio de la Organización Mundial de la Salud, justificado por razones de salud, en un caso referido a la regulación de los cigarrillos⁵⁵. En los casos “*Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*”⁵⁶ fue donde los paneles del GATT 1947 estuvieron más cerca de reconocer la eficacia de las provisiones de los acuerdos multilaterales referidos al medio ambiente (en adelante MEAs⁵⁷) en los casos de disputas comerciales. En dichos casos se analizaron las restricciones impuestas por los Estados Unidos sobre las exportaciones de atún a ese país. El Gobierno de los Estados Unidos dictó el embargo de todas las importaciones de pescado procedentes de Estados que no pudieran demostrar a las autoridades estadounidenses que habían cumplido las normas de protección del delfín que establece la legislación estadounidense⁵⁸. En estas diferencias, México⁵⁹ y algunos de los Estados Miembros de la Unión Europea eran los exportadores en cuestión. Sus exportaciones de atún a los Estados Unidos fueron prohibidas y México -en 1991- y la Unión Europea -en 1992- recurrieron al procedimiento de solución de diferencias del GATT 1947. En estos casos los problemas básicos eran los siguientes:

- ¿puede un país decir a otro cómo deben ser los reglamentos ambientales que promulgue?
- ¿permiten las normas del comercio adoptar medidas contra el método utilizado para producir mercancías (y no contra la calidad de las propias mercancías)?

En el primer caso, el grupo especial presentó su informe a los miembros del GATT en septiembre de 1991. Allí sostuvo que los Estados Unidos no pueden imponer un embargo de las importaciones

52) Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, TE/014 - 18 de noviembre de 1996, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/te014_s.htm.

53) Informe del Grupo Especial, adoptado el 22 de marzo de 1988 (L/6268 - 35S/109) http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/87hersal.wpf.

54) Canadá mencionó la Convención Internacional de Pesquerías en el Alta Mar en el Pacífico Norte de 1952 y el tratado de 1965 entre Canadá y los Estados Unidos de América sobre la pesca del salmón en el Pacífico.

55) Caso “*Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*”. Resolución adoptada el 7 de noviembre de 1990. Reclamación presentada por los Estados Unidos de América. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis03_s.htm

56) Estados Unidos — Restricciones a la importación de atún, asunto “*atún-delfines*”. Resolución no adoptada. Informe distribuido el 3 de septiembre de 1991. Reclamación presentada por México y otros países (http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis04_s.htm) y Estados Unidos — Restricciones a la importación de atún, “*vástago*” del asunto anterior. Resolución no adoptada. Informe distribuido el 16 de junio de 1994. Reclamación presentada por la Unión Europea (http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis05_s.htm).

57) Por sus siglas en inglés Multilateral Environmental Agreements.

58) Ley de los Estados Unidos de Protección de los Mamíferos Marinos contiene medidas de protección de los delfines que deben cumplir tanto su flota pesquera como los países cuyos barcos pesquen atún aleta amarilla en el Océano Pacífico.

59) El embargo afectaba también a los países “intermediarios” en el comercio entre México y los Estados Unidos. Frecuentemente el atún es procesado y enlatado en uno de estos países. En esta diferencia, los países “intermediarios” amenazados por el embargo eran Costa Rica, Italia, el Japón y España, y antes Francia, las Antillas Neerlandesas y el Reino Unido. También se consideraban “intermediarios” otros países, entre ellos, el Canadá, Colombia, la República de Corea y los miembros de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN).

de productos del atún procedentes de México por el simple motivo de que los reglamentos mexicanos sobre la forma en que se produce el atún no respeten los reglamentos estadounidenses. Las normas del GATT no permiten que un país adopte medidas comerciales con el fin de intentar que se cumpla su legislación interna en otro país, ni siquiera para proteger la salud de los animales o conservar recursos naturales agotables. Se trata de la “extraterritorialidad”. ¿Cuál es el razonamiento que explica esta resolución? Si se aceptaran los argumentos de los Estados Unidos, cualquier país podría prohibir las importaciones de un producto de otro país por el simple motivo de que tuviera unas normas ambientales, sanitarias y sociales diferentes y acordes con su propia política. Se abriría así la posibilidad prácticamente ilimitada a los países de imponer unilateralmente restricciones al comercio, y no ya para dar cumplimiento interno a sus leyes sino para imponer sus criterios a los demás países. Se abriría la puerta a la posibilidad de una oleada de abusos proteccionistas que sería contraria al objetivo fundamental del sistema multilateral de comercio: afirmar la seguridad y previsibilidad mediante el sometimiento del comercio a normas.

México decidió no proseguir el caso y el informe no fue nunca adoptado, aunque algunos países “intermediarios” presionaron para que se adoptara. México y los Estados Unidos mantuvieron consultas bilaterales para llegar a un acuerdo fuera del GATT.

En 1992 la Unión Europea presentó su propia reclamación. Esta reclamación dio lugar a un segundo informe de otro grupo especial que se distribuyó a los miembros del GATT a mediados de 1994⁶⁰. En este segundo informe se aceptaban algunas constataciones del primer grupo especial pero se modificaban otras⁶¹. El Panel analizó la cuestión de si los MEAs podrían ser tomados en consideración al momento de tener que interpretar el GATT 1947 o, en otras palabras, si los acuerdos internacionales ambientales constituían un “acuerdo ulterior” a los fines de la interpretación del GATT 1947. El Panel sostuvo que los MEAs que no habían sido celebrados por los Estados Partes del GATT 1947 eran irrelevantes para la interpretación de este acuerdo o de sus normas. Por otra parte, se consideró que la práctica seguida posteriormente por los Estados en cumplimiento de tratados bilaterales o plurilaterales no era equivalente a la práctica bajo el GATT 1947 y, por lo tanto, no afectaba su interpretación. Por lo tanto, de conformidad con las disposiciones del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, puede inferirse que los acuerdos multilaterales ambientales no eran relevantes como medio de interpretación del texto del GATT 1947⁶².

Un acuerdo celebrado por los Estados Miembros de la OMC constituye posiblemente “práctica ulterior”. El Artículo 30 de la CVDT distingue entre aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, y tratados sucesivos concernientes a la misma materia cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior. En el primer caso, los tratados sucesivos concernientes a la misma materia entre las mismas Partes son obligatorios para todos esos Estados Partes. Cuando se celebra un acuerdo multilateral ambiental que específicamente se refiere a su relación con el régimen de la OMC, este MEA podrá tener implicancias a la hora de interpretar el derecho de la OMC y probablemente tendrá efecto obligatorio para las Partes. En el mismo sentido, aquellos Estados que no sean Partes del acuerdo ulterior no estarán obligadas por los compromisos asumidos en el mismo, a menos que este codifique normas de derecho

60) Documento DS29/R.

61) Aunque la Unión Europea y otros países presionaron para que se adoptara el informe, los Estados Unidos sostuvieron en varias reuniones del Consejo del GATT y en la reunión final de las Partes Contratantes del GATT que no habían tenido tiempo para completar el estudio del informe. Por consiguiente, no hubo consenso para aprobar el informe.

62) Petersmann (1997) sostiene que esta decisión del panel deja abierta una cuestión fundamental: por qué el Panel no aplicó la regla general de interpretación de los tratados que requiere que se tome en cuenta “*toda pertinente de derecho internacional*”, las que estarían expresadas potencialmente en todos aquellos acuerdos multilaterales que resulten “*aplicables en las relaciones entre las Partes*”, de conformidad con el Artículo 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. El principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 expresamente se refiere al artículo XX del GATT 1947, justificando, por lo tanto, la aplicación del derecho consuetudinario internacional que insta a la armonización de los MEAs con el derecho de la OMC.

internacional consuetudinario. Sin embargo, cabe observar que las disposiciones establecidas en el Preámbulo del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, parecerían llevar a la conclusión contraria, dado que expresamente prevén:

“...el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor,”

“ En el entendimiento de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales⁶³”

Algunos autores han señalado que, ante la inexistencia de una cláusula expresa de compatibilidad en los acuerdos de la OMC, las disputas referidas a acuerdos sobre comercio y medio ambiente podrían ser adjudicadas para su solución al sistema que, en su conjunto, cubra mayormente la materia objeto de la diferencia⁶⁴. Los principios de “*lex specialis*” y “*lex posterior*” parecerían aplicables únicamente en los pocos casos donde la materia primaria objeto de la controversia no contiene una clara indicación con respecto al régimen aplicable. Más aún, podrían darse supuestos en los que el foro competente para la solución de la diferencia declinara su jurisdicción en aras del principio de buena fe, v.g. si una parte trata de evadir sus obligaciones bajo un régimen determinado apelando a los procedimientos de solución de diferencias del otro sistema.

La mayoría de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente en los que centra su labor el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, contienen disposiciones para la solución de diferencias. Éstos van desde mecanismos no vinculantes de carácter consensual hasta procedimientos judiciales de arbitraje vinculantes y a última instancia recurren en ciertos casos, a la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, en la fase judicial los procedimientos de la OMC son por lo general más estrictos que los de los MEAs⁶⁵.

En caso “*Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*”⁶⁶ brindó la oportunidad de analizar la relación entre los principios de conservación y protección ambientales, expresados en numerosos MEAs, y los acuerdos de la OMC. Sin embargo, ni el Grupo Especial ni el OA clarificaron la relación existente entre ambos regímenes. Los Estados Unidos promulgaron en 1987 un reglamento de aplicación de la Ley de Especies Amenazadas de 1973⁶⁷ en virtud del cual todos los barcos de los Estados Unidos que se dedicaran a la pesca del camarón con redes de arrastre deberían utilizar unos dispositivos para excluir a las tortugas («DET») o aplicar restricciones temporales en áreas específicas donde se producía una mortalidad significativa de las tortugas marinas durante la pesca del camarón. A principios de 1997, la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia presentaron una reclamación conjunta contra la prohibición impuesta por los Estados Unidos de importar determinados camarones y productos del camarón. El objetivo de la prohibición era proteger a las tortugas marinas.

En su informe, el OA dejó claro que, de conformidad con las normas de la OMC, los países tienen derecho a adoptar medidas comerciales para proteger el medio ambiente (en particular, para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y para proteger a las especies amenazadas y los recursos agotables). También expresó que las medidas para proteger a las tortugas marinas serían legítimas de conformidad con el Artículo XX del Acuerdo General, que establece distintas excepciones a las normas comerciales generales de la OMC, siempre que se cumplan ciertos criterios como el de no discriminación.

63 <http://www.biodiv.org/doc/legal/cartagena-protocol-es.doc>

64 Schloemann y Ohlhoff (1997), p. 424, nota 2.

65 OMC, Boletines de Comercio y Medio Ambiente, TE/003 - 22 de mayo de 1995, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/te003_s.htm.

66 WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, <http://docsonline.wto.org:80/DDFDocuments/v/WT/DS/58ABR.DOC>

67 Public Law 93-205, codificado en 16 U.S.C. 1531 y siguientes.

Los Estados Unidos perdieron el caso, no porque pretendieran proteger el medio ambiente sino porque discriminaban a algunos Miembros de la OMC. De hecho, ofrecían a los países del hemisferio occidental, principalmente del Caribe, asistencia técnica y financiera y unos períodos de transición más largos para que sus pescadores empezaran a utilizar los dispositivos para excluir a las tortugas y no ofrecían las mismas ventajas a los cuatro países asiáticos (la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia) que presentaron la reclamación en la OMC. El informe del OA afirmó que los Estados Unidos no realizaron serios esfuerzos para conseguir un consenso internacional en esta materia, siendo la prohibición de las importaciones generalmente “*el «arma» más pesada dentro del arsenal de medidas comerciales a las que pueden recurrir los Miembros*”⁶⁸. Esta conclusión se ve reforzada por la existencia de un acuerdo regional que regulaba la cuestión⁶⁹ que, según puede inferirse del informe del OA, no violaría las normas de la OMC. El informe contiene referencias al Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y al párrafo 2.22 (i) de la Agenda 21 para demostrar la opción a favor de soluciones multilaterales cuando se abordan problemas ambientales transfronterizos. “*La necesidad y conveniencia de tales esfuerzos han sido reconocidas dentro de la propia OMC, así como en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales*”⁷⁰. “*En términos generales, las medidas adoptadas al amparo de tales acuerdos multilaterales (ambientales) estarían permitidas en virtud de lo dispuesto en el preámbulo del artículo XX (del GATT 1994)*”⁷¹.

El Grupo Especial consideró que la prohibición impuesta por los Estados Unidos era incompatible con el artículo XI del Acuerdo General (que limita el uso de las prohibiciones o restricciones de la importación) y no podía ampararse en el artículo XX (relativo a las excepciones generales a las normas, por determinados motivos relacionados con el medio ambiente entre otras cosas). Con motivo de la apelación, el Órgano de Apelación constató que la medida en cuestión reunía las condiciones para acogerse a las disposiciones del apartado g) del artículo XX, como justificación provisional, pero no cumplía los requisitos del preámbulo (párrafo introductorio) del artículo XX (que define cuándo pueden invocarse las excepciones generales). Por consiguiente, el Órgano de Apelación concluyó que la medida estadounidense no estaba amparada por el artículo XX del GATT 1994. De todos modos, la decisión del OA sirvió en cierta forma para comenzar a cerrar la brecha existente entre el derecho ambiental internacional y el derecho comercial internacional.

C - APLICACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL

i - Responsabilidad del Estado

La responsabilidad internacional del Estado surge al analizar en qué supuestos una medida adoptada por una persona jurídica distinta del Estado puede, en determinadas circunstancias, ser atribuible a un Estado Miembro. Ello es particularmente relevante en el ámbito de la OMC en la medida en que dicho régimen se aplica exclusivamente a la actividad estatal. Este principio fue aplicado en algunas de las disputas consideradas bajo el sistema del GATT 1947. En el caso

68) Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/AB/R, Parte VI C 2, para. 171 “*La Convención Interamericana constituye, por consiguiente, una demostración convincente de que los Estados Unidos disponían razonablemente de vías alternativas para lograr el objetivo legítimo de política ambiental de la medida por ellos aplicada, vías diferentes de los procedimientos unilaterales y no concertados que caracterizan la prohibición de las importaciones impuesta al amparo del artículo 609. Conviene señalar que la prohibición de las importaciones constituye generalmente el «arma» más pesada dentro del arsenal de medidas comerciales a las que pueden recurrir los Miembros. Con todo, no hay constancia de que los Estados Unidos hayan realizado serios esfuerzos para negociar acuerdos similares con ningún otro país o grupo de países antes (ni, a juzgar por los datos disponibles, después) de aplicarse el artículo 609 sobre una base mundial el 1º de mayo de 1996. Por último, tampoco hay constancia de que el apelante, los Estados Unidos, haya tratado de recurrir a los mecanismos internacionales existentes que permiten realizar esfuerzos conjuntos para proteger y conservar las tortugas marinas antes de imponer la prohibición de las importaciones*”.

69) La Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas de 1996. Disponible en <http://www.seaturtle.org/iac/castellano/convencion.shtml>

70) Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/AB/R, Parte VI C 2, para. 168.

71) Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/AB/R, Sección II 2 D 3, para. 72. Paréntesis añadidos por el autor.

“Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios”⁷², el Grupo Especial resolvió que medidas gubernamentales voluntarias y no obligatorias adoptadas por un Estado Miembro, destinadas a fomentar que los agricultores japoneses restrinjan su producción interna, eran efectivamente medidas del Gobierno de acuerdo con el Artículo XI:2 (c) (i) del GATT 1947.

En el caso “CEE - Restricciones a las importaciones de manzanas de mesa - Reclamación de Chile”⁷³ se consideró la autorización que se otorga a organizaciones privadas de productores en la CEE para que pudieran retirar del mercado ciertos productos cuando dichas organizaciones de productores observan que existe la probabilidad de que los precios de mercado descendan sustancialmente a causa de un exceso de oferta de dichos productos. En estos casos, las organizaciones pueden pedir a las autoridades de los Estados miembros la autorización para iniciar operaciones de retiro, a un precio de retirada que no exceda del precio de compra pública en más un 10 por ciento del precio básico. Al respecto, Chile sostenía que un sistema de compensación por los retiros que efectuaran las organizaciones de productores no constituía una medida gubernamental con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 c) i) del artículo XI, porque la medida era llevada a cabo de manera voluntaria por organizaciones privadas.

La República Argentina, que se presentó como parte interesada en este caso, manifestó que el conjunto de las medidas de la CEE no podía fundarse en el artículo XI. No había pruebas de que tales medidas estuviesen relacionadas con una reducción de la producción nacional ni con la necesidad de eliminar un sobrante temporal de un producto similar. Por tanto no se justificaban en virtud de ninguno de los criterios establecidos en el artículo XI.2 como excepciones de lo estipulado en el artículo XI.1. Además la Argentina adujo que en las consultas que la CEE había celebrado anteriormente con los abastecedores del hemisferio sur se había ya sugerido la posibilidad de restricciones y podía decirse que tales consultas habían hecho las veces de restricciones indirectas por las expectativas de carácter negativo que habían creado entre los exportadores⁷⁴.

El Panel no coincidió con el punto de vista chileno. Consideró “que tanto el sistema de compra como el de retiro establecidos para las manzanas en virtud del Reglamento 1035/72 (modificado) de la CEE constituían medidas gubernamentales a los efectos del párrafo 2 c) i) del artículo XI”⁷⁵.

En el caso “Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados”⁷⁶, las Comunidades Europeas afirmaron que la Resolución (ANA) N° 2235/96⁷⁷ da a la industria del curtido argentina la posibilidad de controlar la exportación de cueros y pieles de bovino, permitiéndole aplicar una prohibición de las exportaciones impuesta por esa industria a los frigoríficos. Por lo dicho, la Resolución 2235 constituye una restricción a la exportación en el sentido del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994. Las Comunidades Europeas adujeron que no se puede justificar la medida por motivos técnicos y que, en realidad, tiene una finalidad claramente proteccionista, ya que en la práctica trata de que los frigoríficos desistan de exportar⁷⁸. La Argentina rechazó la afirmación de las Comunidades Europeas de que está imponiendo una prohibición de hecho de las exportaciones de cueros de bovino, sosteniendo que los representantes de la Asociación de Industrias del Cuero, sus Manufacturas y Afines («ADICMA») no están facultados legalmente para restringir las exportaciones a tenor de la Resolución 2235. La Argentina negó igualmente que la presencia de representantes de la ADICMA, en las verificaciones en aduana de los cueros de bovino en bruto previas a la exportación, imponga una prohibición porque amedrente a quienes pretenden efectuar exportaciones de cueros en bruto y cueros semicurtidos⁷⁹ y señaló que la Resolución 2235

72) Doc. L/6253 - 35S/185, Informe del Grupo Especial adoptado el 2 de febrero de 1988, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/86agricl.wpf.

73) Doc. L/6491 - 36S/104, Informe del Grupo Especial adoptado el 22 de junio de 1989, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/88appec.wpf.

74) Doc. L/6491 - 36S/104, para. 11.1.

75) Doc. L/6491 - 36S/104, para. 12.9.

76) WT/DS155/R, adoptado el 19 de diciembre de 2000, <http://docsonline.wto.org:80/DDFDocuments/v/WT/DS/155R.doc>

77) Resolución de la Administración Nacional de Aduanas (ANA) N° 2235/96 de 27 de junio de 1996 (en adelante «Resolución 2235»).

78) WT/DS155/R, Sección IV.A, para. 4.1.

79) WT/DS155/R, Sección IV.A, para. 4.3.

autoriza la presencia de peritos de la industria, pero esa autorización no garantiza un efecto concreto respecto de los particulares, ni tampoco de los productos exportados. El resultado de su aplicación no depende de una intervención gubernamental. Se trata meramente de una autorización para obtener apoyo técnico a fin de inspeccionar la exportación de todos los tipos de cueros⁸⁰.

El Grupo Especial solicitó a ambas Partes, la República Argentina y la CE, que efectuaran un análisis sobre si las normas consuetudinarias de responsabilidad del Estado son aplicables en el contexto del reclamo formulado por la Comunidad Económica (CE) de acuerdo al Artículo XI:1 del GATT 1994. En particular, se efectuó una referencia al Artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado de 1996, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que estipula que:

“Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o grupo de personas si:

a) Consta que esa persona o grupo de personas actuaba de hecho por cuenta del Estado”,

Las preguntas que formuló el Panel, englobadas como “pregunta N° 58”, fueron tres:

¿Si las Partes consideran que ese es el caso en esta cuestión?

¿O si el Artículo XI:I del GATT 1994 y/o el derecho general de la OMC (Organización Mundial de Comercio) establecen normas específicas de responsabilidad (en particular sobre los hechos por cuenta del Estado) que van más allá de lo establecido por el derecho consuetudinario internacional?

Si es así, ¿cuáles son las reglas especiales aplicables al presente caso?

La nota del Panel sostiene que, *“al responder a la pregunta N° 58, por favor tome en consideración la repuesta de la CE a la pregunta N° 8, donde se afirma, entre otros puntos, que ‘considerando el hecho de que, de acuerdo a las medidas del Gobierno argentino, los representantes de toda la industria de curtido de cueros es informada de cualquier tentativa de exportación de pieles de bovino, la industria argentina de curtido tiene la posibilidad de ejercer una influencia restrictiva decisiva contra cualquier intento de operación de exportación, usando su poder de compra que cubre la totalidad del mercado doméstico’.*

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha aprobado un proyecto de Artículos y dos Anexos sobre responsabilidad de los Estados, que se considera un avance muy importante en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional. En buena parte de sus disposiciones el proyecto recoge y codifica normas consuetudinarias vigentes, reflejando la práctica observada por los Estados y de conformidad con la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. En ese sentido, los Artículos constituyen un elemento orientador de sumo valor, a tener en cuenta en los casos en que corresponde analizar cuestiones de responsabilidad internacional. El proyecto contiene también otras normas que, no reflejando prácticas generalmente observadas hasta el presente por los Estados, podrían constituir un desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

La Argentina considera que la Primera Parte del proyecto, relativa al origen de la responsabilidad internacional, así como los Capítulos I y II de la Segunda Parte, relativa al contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional, codifican adecuadamente las

80) WT/DS155/R, Sección IV.A, para. 4.15.

reglas básicas de la responsabilidad y desarrollan de manera satisfactoria la materia. En consecuencia, la República Argentina consideró que la disposición contenida en el Artículo 8 literal a), en cuanto a que el comportamiento de una persona o grupo de personas se considera hecho del Estado según el derecho internacional si consta que esa persona o grupo de personas actuaba de hecho por cuenta del Estado, recoge y codifica normas consuetudinarias vigentes, reflejando la práctica observada por los Estados.

Sin embargo, en este caso, la Argentina consideró que no existen elementos que permitan sostener, en el plano del derecho internacional que la industria del curtido de cueros en la República Argentina actuó o actúa de hecho por cuenta o como agente del Estado, cuando ejerció o ejerce “su poder de compra que cubre la totalidad del mercado doméstico”.

La segunda pregunta formulada por el panel se refería a si el Artículo XI:I del GATT 1994 y/o el derecho general de la OMC establecen normas específicas de responsabilidad (en particular sobre los hechos por cuenta del Estado) que van más allá de lo establecido por el derecho consuetudinario internacional. Ni el acuerdo del GATT de 1947 ni el del 1994 contienen normas dirigidas a solucionar este tipo de problemas de prácticas empresariales restrictivas del comercio. Cuando en 1954 se hizo una sugerencia para contemplar este tipo de situaciones, las Partes Contratantes del GATT decidieron solamente que se realizarán consultas sobre estas cuestiones, sin someterlas al procedimiento de solución de diferencias. Por lo tanto, no puede sostenerse que el Artículo XI:I del GATT 1994 y/o el derecho general de la OMC establecen normas específicas de responsabilidad (en particular sobre los hechos por cuenta del Estado) que van más allá de lo establecido por el derecho consuetudinario internacional.

El Grupo Especial sostuvo que *“A nuestro juicio, no puede haber la menor duda de que las disciplinas del párrafo 1 del artículo XI se aplican también a las restricciones de facto. También salta a la vista que la Resolución 2235, en caso de que efectivamente aplique una restricción, entra dentro de la categoría residual general, mencionada expresamente en el párrafo 1 del artículo XI, de «otras medidas». Además, y a pesar de que la Argentina afirme lo contrario, la Resolución 2235 es, a nuestro juicio, una medida gubernamental jurídicamente vinculante. Está claramente establecido en la jurisprudencia del GATT/OMC que sólo las medidas gubernamentales entran en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo XI”*⁸¹.

Asimismo, en el caso *“Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo”*, el informe del Grupo Especial expresó que el hecho de que una determinada acción sea realizada por particulares no excluye la posibilidad de que pueda considerarse una medida gubernamental si hay una intervención suficiente del gobierno en ella. No obstante, puso de relieve la dificultad en establecer reglas claras al respecto, por lo que señaló que esa posibilidad debería ser examinada caso por caso⁸².

Otra dimensión de la cuestión de la responsabilidad del Estado es la que se refiere a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. En el caso *“Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos”*⁸³ el panel analizó la posibilidad de utilizar una ley nacional para no cumplir con una obligación comercial internacional.

El 4 de octubre de 1996, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con la Argentina con relación a determinadas medidas aplicadas por la Argentina que afectan a las

81) WT/DS155/R, Sección IV.A, para. 11.17 y 11.18.

82) Informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo («Japón - Películas»)*, adoptado el 22 de abril de 1998, WT/DS44/R, párrafo 10.56.

83) WT/DS56/R, adoptado el 25 de noviembre de 1997, <http://docsonline.wto.org:80/DDFDocuments/v/WT/DS/56R.WPF>

importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos, a saber, medidas que imponen sobre diversos artículos de calzado, textiles y prendas de vestir derechos específicos superiores al tipo consolidado en la OMC del 35 por ciento *ad valorem* establecido para estos artículos en la Lista LXIV de la Argentina; una tasa estadística del 3 por ciento *ad valorem* sobre las importaciones de todas las procedencias con excepción de los países del MERCOSUR; y medidas que imponen, entre otras cosas, prescripciones en materia de etiquetado relativas a la declaración jurada de los componentes del producto⁸⁴.

La Argentina afirmó que la estabilidad y previsibilidad de las concesiones consignadas en su Lista Nacional tenía sustento en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Argentina de 1994. Estos compromisos poseían un rango jerárquicamente superior y, por lo tanto, prevalecían sobre la legislación nacional. Cualquier juez de la República estaba facultado para declarar, a pedido de un interesado, la inconstitucionalidad de cualquier medida que se adoptara en violación de normas contenidas en un tratado internacional, tal como el Acuerdo sobre la OMC. Esta característica del sistema legal argentino era un elemento absolutamente esencial para su funcionamiento que, por otra parte, difería fundamentalmente de aquellos países donde el texto del tratado internacional era interpretado por la legislación interna. Otro elemento distintivo fundamental del sistema legal argentino era que la ley nacional posterior no podía derogar un tratado internacional, por ser de menor rango. Esta disposición constitucional preveía un alto nivel de certidumbre jurídica. Si los procedimientos establecidos por los artículos 1053 a 1079 del Código Aduanero de la República Argentina no hubieran sido adecuadamente resueltos por la autoridad de aplicación, quedaba abierto el proceso sumario ante los tribunales argentino para que los importadores obtuvieran una decisión judicial que obligara al Estado argentino a cumplir las obligaciones internacionales derivadas de los Acuerdos de la OMC por encima de cualquier norma interna, ya fueran leyes, decretos, resoluciones ministeriales, etc.⁸⁵.

El panel rechazó el argumento expuesto por la República Argentina, señalando que el argumento esgrimido por la Argentina en su defensa en el sentido de que el procedimiento de impugnación vigente en el ordenamiento jurídico interno es de naturaleza tal que asegura que nuestro país no incumple ni incumplirá las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo II del GATT. Al respecto, afirmó que este argumento adolece de dos defectos importantes. *“En primer lugar, aunque en virtud de la Constitución Argentina el Acuerdo sobre la OMC prevalece sobre cualquier reglamentación interna, la Argentina manifiesta que sus autoridades aduaneras no gozan de facultades discrecionales y tienen la obligación de imponer los derechos específicos mínimos aunque resulten superiores al tipo consolidado del 35 por ciento ad valorem y a pesar de que tal imposición constituya una violación del Acuerdo sobre la OMC y de la Constitución Argentina”*.

*“En segundo lugar, el artículo II del GATT obliga incondicionalmente a todo Miembro de la OMC a conceder a los demás Miembros un trato no menos favorable que el previsto en su Lista. Un Miembro incumple esta obligación, independientemente de que su ordenamiento jurídico interno establezca o no un recurso ante tal incumplimiento. Por muy eficaz que sea el sistema judicial interno, en tanto no se ponga en marcha, el Miembro está incumpliendo las obligaciones que ha contraído en el marco de la OMC. Por otra parte, no existe la seguridad de que el incumplimiento llegue a subsanarse, dado que para ello sería necesario que el importador argentino o el titular de los certificados de despacho de aduana interpusieran el recurso interno. El inevitable retraso y la incertidumbre inherentes a tal procedimiento se apartan radicalmente de los principios de la OMC y del objetivo de las consolidaciones arancelarias en el marco del GATT/OMC, que es dotar de previsibilidad y seguridad al comercio internacional”*⁸⁶.

84) WT/DS56/1.

85) WT/DS56/R, Sección III. B.7.3.a, para. 3.214

86) WT/DS56/R, Sección VI.3, para. 6.68.

En un anota al pié, el Panel recordó que existe un principio general del derecho internacional según el cual un Estado no puede invocar disposiciones de su propio ordenamiento jurídico (o lagunas en el mismo) para defenderse de la imputación de haber transgredido presuntamente sus obligaciones en el marco del derecho internacional. Por tanto, en el asunto *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, la Corte Permanente de Justicia Internacional manifestó que ciertamente Francia no podía apoyarse en su propio ordenamiento jurídico para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales (Corte Permanente de Justicia Internacional, 1932, series A/B, asunto N° 46, página 167). Este principio fue recogido convencionalmente en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que en su Artículo 27 expresamente dispone que un Estado Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Un Miembro de la OMC no puede alegar en su defensa, ante una acusación de violación de un Acuerdo de la OMC, que en virtud de su ordenamiento jurídico interno determinadas personas físicas, tanto nacionales como extranjeras, pueden interponer un recurso ante tal violación, y que por tanto no se ha producido ninguna violación de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC.

ii - Estoppel

El estoppel es un principio del derecho internacional que impide al Estado volver contra sus propios actos cuando con esa actitud se lesionen derechos o expectativas de otros Estados que han sido generados por aquellos comportamientos. Para que se pueda utilizar este mecanismo de defensa es necesario que exista una situación creada por la actitud de un Estado que haya llevado a otro Estado a adoptar una determinado comportamiento derivado directamente de la primera postura del otro estado. En este supuesto, no resulta posible al Estado que generó esa conducta hacer alegaciones contra la misma o manifestarse en sentido contrario. El estoppel, es importante subrayarlo, no solamente puede surgir de un acto, sino que también es posible que surja de una abstención, como en el caso del Templo Preah Vihear⁸⁷.

Esta doctrina, de gran arraigo en el derecho romano y anglosajón, se configura como exigencia de congruencia, conforme con la cual, quien afirma o admite algo, no puede luego contradecirlo. El principio del estoppel es un principio general de derecho cuya validez en el derecho internacional ha sido generalmente admitida, como bien se puede apreciar en varias decisiones judiciales. La primera manifestación jurisprudencial del estoppel en el plano internacional se produjo en el caso “*Tinoco*”⁸⁸ y posteriormente fue utilizado por la Corte Internacional de Justicia en los casos sobre la “*sentencia arbitral del Rey de España*”⁸⁹, el “*Templo de Preah Vihear*”, la “*Plataforma Continental del Mar del Norte*”⁹⁰ y el “*Golfo de Maine*”⁹¹.

Los principios de la aquiescencia y el estoppel fueron utilizados por los paneles del GATT 1947. En el caso “*German import duties on starch and potato flour*”⁹², los Estados Miembros del Benelux presentaron un reclamo basado en el hecho de que Alemania no había cumplido sus promesas de reducir inmediatamente los aranceles que aplicaba sobre diferentes clases de fécula. Los compromisos efectuados por Alemania se habían expresado a través de una suerte de garantía general formulada durante las negociaciones llevadas a cabo entre las Partes por la cual Alemania

87) C.I.J. Recueil, 1961, págs. 23 a 32. <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/ismmaries/ictsummary610526.htm>. Este caso se refería a una disputa sobre la soberanía territorial entre Camboya y Tailandia en la región del Templo de Preah Vihear, para lo cual el Tribunal debía determinar cual era la frontera entre los dos Estados en ese sector. Una Comisión Mixta Franco-Siamesa -Francia en la época administraba Camboya y Tailandia era Siam- había preparado en 1907 una serie de mapas. Los mapas habían sido oportunamente comunicados al gobierno de Siam, quien no se expidió sobre los mismos. En consecuencia, la prueba de la causa acreditaba la aquiescencia de este gobierno a la ubicación del Templo en territorio camboyano. La CIJ expresó que “*es una norma de derecho establecida que una parte no podrá alegar un error como vicio de su consentimiento si contribuyó con su conducta al error*” (pág. 26).

88) Moncayo y Gutiérrez Posse (1990), Tomo I, p. 129.

89) C.I.J. Recueil, 1960, págs. 213 a 214. <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/ismmaries/ihnsunmary601118.htm>

90) C.I.J. Recueil, 1969, §30. <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/ismmaries/icssunmary690220.htm>

91) C.I.J. Recueil, 1984, § 309. <http://www.icj-cij.org/icjwww/icas/es/icgm/icigmframe.htm>

92) BISD 3S/77. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/55starch.wpf

daba seguridades que sus aranceles serían reducidos tan pronto como fuera posible y que comenzaría negociaciones tendientes a rebajar sus aranceles en 1952. La conducta de los países del Benelux, basada en las seguridades brindadas por el Gobierno alemán de futuras rebajas arancelarias, quedó evidenciada en la reducción unilateral de sus aranceles, lo que no fue reciprocado por Alemania. El informe del Panel no fue concluyente, dado que recomendó a las Partes encontrar una solución mutuamente satisfactoria a la controversia. Ello no obstante, el Panel señaló que el hecho de que Alemania hubiese concedido posteriormente, a través de la firma de un acuerdo, implicaba que la posibilidad de Alemania de rehusarse a otorgar reducciones arancelarias hubiese podido ser impedida.

En el caso “Canadá/Comunidades Europeas — Derechos en virtud del artículo XXVIII”⁹³, Canadá y las Comunidades Europeas convinieron en recurrir a un arbitraje para resolver su diferencia respecto a la interpretación de los derechos de negociación de conformidad con los acuerdos bilaterales de 29 de marzo de 1962 sobre el trigo.

Desde 1962, el Canadá y la Comunidad Económica Europea habían entablado, en varias ocasiones, negociaciones de conformidad con el párrafo 6 del artículo XXIV del GATT 1947 o habían convenido en aplazar la reanudación de las negociaciones durante un cierto período. En este Acuerdo no se establecían plazos para iniciar o concluir las negociaciones. No obstante, el árbitro señaló que *“para que un sistema multilateral de comercio internacional funcione adecuadamente es preciso que, transcurrido cierto tiempo, el silencio se considere una aceptación de la situación existente o un desistimiento de la reclamación. La previsibilidad y la estabilidad, que son características fundamentales del sistema del GATT, así lo exigen.*

24

Mi conclusión es que en virtud del silencio mantenido hasta el momento sobre el Acuerdo con respecto al trigo ordinario, el Canadá ha renunciado a los derechos que de conformidad con el Acuerdo General pudiera haber poseído en 1962”.

El árbitro consideró que el silencio de Canadá durante las negociaciones precluía su derecho a invocar ciertos derechos nacidos de negociaciones anteriores.

iii - Abuso de derechos

Concebida como teoría, la doctrina del abuso del derecho ha recibido en las últimas décadas un notable impulso, aunque no es totalmente nueva, gozando de antecedentes en el propio Derecho romano⁹⁴. La doctrina está enraizada en los principios de la buena fe y la equidad y supone *“el ejercicio de un derecho subjetivo excediéndose de sus naturales y adecuados límites, lo que genera perjuicio a tercero, sin utilidad alguna para el titular”*⁹⁵.

Lo que se prohíbe es un acto que, si bien en su letra no es contrario al derecho o a un acuerdo, se desvía de su propósito original y frustra las legítimas expectativas relacionadas con el ejercicio de las obligaciones que le son inherentes.

El caso “Australia - Subsidy on ammonium sulphate”⁹⁶, tratado bajo el antiguo sistema del GATT 1947, se refiere a un reclamo entablado por Chile. Chile y Australia habían negociado concesiones arancelarias recíprocas para fertilizantes de sulfato de amonio. Australia posteriormente dejó sin efecto el sistema de subsidios para fertilizantes que estaba siendo aplicado

93) BISD 37S/80. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/90wheat.wpf

94) Al respecto puede verse Martín Bernal (1982) y Rodríguez Arias.

95) Conf. Diccionario Jurídico Espasa, Fundación Tomás Moro, Madrid, 1991, p. 38.

96) BISD II/188, 3 de abril de 1950. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/50amosul.wpf

al momento de llevarse a cabo las negociaciones. Chile reclamó que los beneficios esperados bajo el GATT 1947 estaban siendo lesionados por el retiro de las concesiones arancelarias previamente otorgadas. Durante las negociaciones, las concesiones chilenas habían tenido como fundamento que las concesiones australianas continuarían en vigor como lo habían estado durante un período considerable de tiempo. Australia replicó que, bajo las normas del GATT 1947, no tenía obligación alguna de seguir subsidiando una producción extranjera. El Panel sostuvo que el retiro de un subsidio no significaba una anulación o daño de beneficios. Sin embargo, afirmó que la situación existente al tiempo de comenzar las negociaciones era tal que Chile se fió de tal manera en estos subsidios, de modo que su remoción generaba un desequilibrio en las relaciones comerciales entre las Partes. El panel determinó que, habiendo basado sus propias concesiones arancelarias en la disponibilidad de los subsidios, Chile tenía una expectativa legítima de que el subsidio no sería eliminado.

En el caso *“Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón”* citado anteriormente, si bien no se aplicó la doctrina del abuso del derecho se señaló que *“Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable”*⁹⁷.

Allí, citando a Cheng, se expresó que si el ejercicio de un derecho tiene incidencia en el ámbito de aplicación de una obligación prevista en un tratado, el derecho debe ser ejercitado *“bona fide”*, es decir, razonablemente⁹⁸.

El panel expresó que *“el ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado. Habiendo dicho esto, nuestra labor en este caso consiste en interpretar el texto del preámbulo, buscando una orientación interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional”*⁹⁹.

iv - Agotamiento de los recursos internos

Como en el GATT 1947, los acuerdos de la OMC no contienen norma alguna que específicamente requiera el agotamiento de los procedimientos administrativos y judiciales internos como condición previa para poder recurrir al sistema de solución de diferencias de la Organización. Sin embargo, se trata de una regla que podría surgir en disputas que se refieran a cuestiones anti-dumping, subsidios, medidas compensatorias, medidas de salvaguardia, y derechos de propiedad intelectual otorgados en el marco del acuerdo TRIPS.

El Artículo 17.4 del Acuerdo Antidumping permite recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC no sólo cuando *“la autoridad competente del Miembro importador ha adoptado medidas definitivas para percibir derechos antidumping definitivos o aceptar compromisos en materia de precios”* sino también cuando *“una medida provisional tenga una repercusión significativa*

97) WT/DS58/AB/R, pto. 158.

98) Cheng, Bin (1953), capítulo 4, en particular, en la página 125, dice lo siguiente:

“El ejercicio de un derecho en forma razonable y de buena fe en tal caso es el ejercicio que resulte apropiado y necesario para el objetivo de ese derecho (es decir, que promueva los intereses que el derecho está destinado a proteger). Al mismo tiempo, debe ser justo y equitativo entre las partes y no ser objeto de un cálculo para procurar a una de ellas una ventaja inequitativa a la luz de la obligación asumida. El ejercicio razonable del derecho se considera compatible con la obligación. Pero el ejercicio del derecho de tal forma que perjudique los intereses de la otra parte contratante dimanante del tratado es irrazonable y se considera incompatible con la ejecución de buena fe de la obligación dimanante del tratado, así como un incumplimiento del tratado (traducción de la Secretaría)”.

99) WT/DS58/AB/R, pto. 158.

y el Miembro que haya pedido las consultas estime que la medida ha sido adoptada en contravención de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7°.

Al permitir a los Estados Miembros de la Organización acceso directo al sistema de solución de diferencias con relación a todas medidas de política comercial sin requerir el agotamiento de los procedimientos administrativos y judiciales internos como condición previa, parecería excluir la aplicación de la norma de derecho internacional consuetudinario que exige el cumplimiento de dicha condición para recurrir a la vía internacional en los casos de “protección diplomática”.

El requerimiento del agotamiento de los recursos internos no es un requisito que sea directamente exigible a las disputas comerciales¹⁰⁰. Esto ha sido así determinado tanto por la Corte Internacional de Justicia como por paneles sustanciados bajo el GATT 1947. En el caso “*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América v. Italia)”, la CIJ sostuvo que los Estados tienen la facultad de establecer en un determinado tratado que las partes deberán agotar previamente los recursos internos antes de recurrir a la vía internacional o pueden no hacerlo. Sin embargo, afirmaron claramente que no existe ningún principio de derecho consuetudinario internacional que, en ausencia de estipulación expresa en tal sentido, establezca que dichos recursos deben ser agotados¹⁰¹. De modo similar, en una disputa sustanciada bajo el sistema del GATT 1947, en el caso “*Grey Portland Cement*”, el Panel observó que no existía regla alguna en el GATT 1947 que explícitamente requiriera el agotamiento de los procedimientos administrativos internos¹⁰².

Esta interpretación ha sido confirmada por la práctica estatal, en tanto las Partes Contratantes utilizaron repetidamente el sistema de solución de diferencias del GATT 1947 en forma paralela o simultánea al sustanciamiento de procedimientos administrativos o judiciales a nivel doméstico sobre cuestiones antidumping y aplicación de derechos compensatorios u otras medidas internas. Al respecto, es interesante observar que la tribunales a nivel nacional parecerían ignorar el argumento de la necesidad de “consistencia” entre las normas internas y las normas internacionales. Asimismo, parecerían no reconocer la existencia de derechos individuales conferidos por las normas del GATT tanto a nacionales como a extranjeros. Ningún Estado ha sostenido, a nivel internacional, la regla referida al agotamiento de los procedimientos administrativos o judiciales internos, que normalmente es aplicable en casos de protección diplomática, derechos humanos y protección de inversiones, entre otros.

En contraste con lo establecido en los Acuerdos Multilaterales sobre Comercio de Mercancías, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS) protege derechos de servicios, de suministro e intereses comerciales de empresas particulares¹⁰³. Por su parte, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS) reconoce, en su preámbulo, “que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”¹⁰⁴. A su vez, en otras áreas de la OMC, como el Acuerdo sobre Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC o TRIMS)¹⁰⁵, entre otras, los procedimientos de solución de controversias de carácter intergubernamental se asemejan más bien a mecanismos donde los Estados parecen adoptar o subrogarse a las causas de sus nacionales y sustancian procedimientos por reclamos de carácter privado, en los que sus nacionales han agotado los recursos internos existentes en el país para obtener una satisfacción a sus peticiones.

100) Al respecto puede verse Petersmann (1997), p. 240-242.

101) *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy) (1989), ICJ Reports, pto. 50 in fine en p. 15. <http://www.icj-cij.org/cjwww/icas/es/elsi/elsiiframe.htm>

102) GATT Doc. ADP/82, para 5.9.

103) El Artículo III bis, referido a “Divulgación de la información confidencial”, establece que “Ninguna disposición del presente Acuerdo impondrá a ningún Miembro la obligación de facilitar información confidencial cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público, o pueda lesionar los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas”. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.htm

104) http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.doc

105) http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims.doc

Sin embargo, si bien es posible que ciertas personas físicas -individuos- o jurídicas puedan llegar a ver afectados sus derechos por procedimientos que se llevarán a cabo de conformidad con los acuerdos de la OMC, no sería conducente limitar el acceso al sistema de solución de controversias de la OMC, a través de la imposición del requisito del agotamiento de los procedimientos administrativos y/o judiciales internos y, hasta ahora, ningún Estado lo ha sugerido.

IV - CONCLUSIONES

La adopción del Entendimiento relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio tuvo una significativa importancia en el plano de las relaciones económicas internacionales y representó un cambio cualitativo en el desarrollo de los sistemas de solución de controversias a nivel mundial.

El ESD introduce un mayor grado de juridización en un sistema caracterizado por un mayor influjo de factores económicos y políticos, donde el enfoque diplomático basado en las diferentes relaciones de poder de las partes de una disputa, es remplazado por un enfoque basado en reglas de derecho y solución imparcial de las controversias. Un esquema normativo donde el poderío económico o el peso político de las partes disminuye su importancia, dando así oportunidad a los países en desarrollo de “desafiar” las medidas comerciales de aquellos Estados económicamente poderosos y que normalmente dominan el proceso de toma de decisiones en las negociaciones multilaterales.

Si bien el OSD todavía se encuentra en una etapa preliminar de desarrollo, puede afirmarse que numerosas disputas han sido solucionadas y subsiguientemente adoptadas por los Estados Miembros de la OMC a través de la implementación del sistema de consenso negativo. Sin embargo, todavía persisten algunas divergencias en torno a cómo debe resolverse una disputa con posterioridad a una decisión del OSD.

A pesar de ser el OSD el organismo encargado de decidir en última instancia en las disputas comerciales internacionales, el mismo se enfrenta con las constricciones propias del sistema internacional, ya que el OSD no puede actuar a menos que una disputa sea llevada ante él y, por otra parte, tampoco está en condiciones de suplantar el carácter inherentemente político que es consustancial a la regulación del comercio internacional. En tal sentido, la falta de capacidad de ejecutar lo plasmado en sus resoluciones y recomendaciones trae aparejada una limitación a su capacidad para resolver de manera práctica y efectiva las diferencias comerciales internacionales, obstaculizando de ese modo su posibilidad de brindar soluciones reales a los problemas comerciales. Empero, una vez más, puede afirmarse que esta insuficiencia no afecta solamente al OSD sino que es general y consustancial a todos los órganos encargados de resolver controversias internacionales y que es una consecuencia ínsita en la naturaleza de sistema jurídico de coordinación que define al derecho internacional¹⁰⁶.

Las decisiones de los paneles, generalmente adoptadas por el OSD, y, especialmente, las del OA, conllevan una importancia sustancial tanto para los Gobiernos, para la comunidad empresarial y, en definitiva, para los ciudadanos, que son en última instancia los afectados –de modo positivo o negativo– por la interpretación o aplicación de las normas jurídicas existentes que realizan los paneles o el OA.

Los grupos especiales o paneles ya no se constituyen sobre una base *ad hoc*, a la vez que las partes están cada vez más conscientes de la posibilidad de imposición de sanciones, en adición a

106) Arbuet Vignali (1996), Tomo I, p. 76.

la posibilidad de represalias de otros miembros de la OMC, cuando no implementan el contenido de las decisiones del OSD. Las decisiones ya no son fallos aislados para resolver una diferencia particular que es exclusivamente relevante para las partes, habiéndose constituido el OSD en el intérprete final de las normas de las OMC. A pesar de que no existe en el sistema de la OMC el principio del precedente o “*stare decisis*” y que el OSD no puede “crear derecho”¹⁰⁷, sus decisiones han creado un valioso cuerpo de jurisprudencia que ha servido para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Ello, a su vez, evita la posibilidad de interpretaciones erróneas entre los miembros acerca del alcance de las normas de la OMC en el futuro y brinda un argumento de autoridad a quienes en futuras negociaciones comerciales internacionales sostienen una posición acorde a la mantenida por el Órgano.

La jurisprudencia de la OMC, en particular la que ha sido analizada a lo largo de este trabajo, cubre no sólo cuestiones de interpretación y funcionamiento del OSD, sino que incluye también aspectos tanto de derecho consuetudinario internacional como referidos a los principios generales del derecho internacional, entre ellos los referidos a la responsabilidad del Estado, el estoppel, el abuso de derecho y el agotamiento de los recursos internos.

Del análisis efectuado en este trabajo, se desprende que los principios generales del derecho internacional han tenido un elevado índice de influencia o recepción en este nuevo sistema de solución de diferencias, reforzando el grado de cohesión del sistema de la OMC con el derecho internacional general.

En síntesis, puede afirmarse que la interpretación de las normas de la OMC en forma consistente con el derecho internacional y otros principios generales del derecho ha reforzado la seguridad jurídica y le ha brindado coherencia normativa al esquema jurídico de la OMC. Ello hace que el sistema resulte previsible y, por lo tanto, otorga un mayor de seguridad a las partes que quieren recurrir a él para solucionar sus diferencias. La prolijidad de los fallos, la precisión de los razonamientos y la claridad de las opiniones asistirán a las partes cuando se trate de navegar por las complejidades del régimen de la OMC, en particular cuando se trate de aspectos que todavía resultan controvertidos y de cuya interpretación depende el efectivo goce de un derecho.

Recíprocamente, es posible señalar que la jurisprudencia de la OMC ha efectuado y efectúa una importante contribución a la evolución del derecho internacional contemporáneo, ya que sus decisiones desarrollan la jurisprudencia internacional que es una de las fuentes del derecho internacional¹⁰⁸. Por ello, la comunidad internacional adquiere mayor seguridad al sentir que un sistema de solución de controversias internacionales puede funcionar basado en principios y de modo coherente y eficaz y, por lo tanto, satisfactorio. La naturaleza judicial del Órgano de Solución de Diferencias le permite ejercer autoridad sobre los Estados Miembros de la Organización, refuerza su condición de sujeto neutral que actúa en forma imparcial y favorece la integridad del sistema. Su posición como juez independiente fortalece su potencialidad para transformarse en una institución internacional legítima y duradera.

Se puede evaluar positivamente el rol del OSD como institución que está en condiciones de solucionar las diferencias que se le presenten y contribuir de ese modo al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La credibilidad de esta institución puede ser medida a través de su jurisprudencia, cuya autoridad si bien se encuentra en una etapa inicial, continúa cobrando vigor

107) El Artículo 3.2 del ESD, *in fine*, prevé que “...Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

108) Conf. al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

con el paso del tiempo. Un elemento que refuerza esta credibilidad es la vinculación adecuada, sistemática y coherente que se ha hecho a través de la jurisprudencia de la OSD entre los principios generales del derecho internacional y el sistema especializado de normas de la OMC, como ha quedado evidenciado a lo largo de este trabajo. Estos principios generales reflejan los sentimientos básicos de justicia y equidad inherentes a todo sistema de derecho y que, sin dudas, deben utilizarse para regir las relaciones entre los Estados. Estos principios constituyen sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, estableciendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto de las normas de la OMC, a las que informan y limitan. A su vez, este nuevo sistema normativo interactúa sobre los principios generales modificándolo y reforzándolo.

Es por ello que quienes se aboquen al estudio y aplicación del sistema normativo de la OMC, en particular aquellos llamados a resolver las diferencias entre los Estados Miembros, no pueden hacer caso omiso e ignorar las bases fundamentales sobre las que se asienta el esquema jurídico de la OMC.

Lo expuesto no puede hacernos perder de vista que todavía hay mucho por hacer para mejorar el funcionamiento del OSD de modo que el mismo esté en condiciones de incorporar importantes valores societarios vinculados al comercio en un contexto de una economía cada más globalizada e interdependiente. En ese marco, cuando las cuestiones vinculadas al comercio internacional adquieren una sensibilidad mayor en un escenario altamente conflictivo, donde los valores y disvalores que la globalización trae aparejados son objeto de escrutinio internacional, se torna evidente la necesidad de contar con un ente profesional, justo, imparcial y objetivo que esté en condiciones de resolver las diferencias que puedan surgir entre los distintos componentes del sistema comercial internacional.

Referencias bibliográficas

Arbuet Vignali, Heber (1996). Las relaciones internacionales y sus reglas. En: Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho Internacional Público*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Brack, Duncan (1997). Reconciling the GATT and Multilateral Environmental Agreements with Trade Provisions: The Latest Debate. *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 6, N° 2.

Cameron, James y Kevin Campbell (1998). *Dispute Settlement in the WTO*. Londres: Cameron May.

Cameron, James y Kevin R Gray (2001). Principles of International Law in the New WTO Dispute Settlement Body. *International & Comparative Law Quarterly*, Oxford University Press, Vol. 50, Part 2, abril.

Cameron, James y James Robinson (1991). The Use of Trade Provisions in International Environmental Agreements and their Compatibility with the GATT. *Yearbook of International Environmental Law*, Volume 2, p.3-30.

Cheng, Bin (1953). *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, London: Stevens & Sons Ltd.

Collier, John y Vaughan Lowe (1999). *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*. Oxford University Press.

Díez de Velasco, Manuel (1996). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Décima Edición. Madrid: Tecnos.

Dunoff, Jeffrey (1994). Institutional Misfits: The GATT, The ICJ & Trade-Environment Disputes. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 15, Summer.

(disponible en <http://www.worldtradelaw.net/articles/dunoffmisfits.pdf>);

Freeman, Michael (ed.) (1995). *Alternative Dispute Resolution*. New York: New York University Press.

Golberg, Stephen B., Eric D. Green and Frank Sander (1985). *Dispute Resolution*. Toronto: Little, Brown & Co.

Higgins, Rosalyn (1994). *Problem and Process. International Law and How We Use It*. Oxford: Clarendon Press.

Jackson, John H. (1989). *The World Trading System*. Boston: MIT Press.

Martín Bernal, J.M. (1982). *El abuso del derecho*. Madrid: Montecarlo.

Merrills, J.G. (1991). *International Dispute Settlement*. Cambridge: Grotius Pub. Ltd. Second Edition.

Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse (1990). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía.

Nagel, Stuart S. and Miriam K. Mills (1991). *Systematic Analysis in Dispute Resolution*. New York: Quorum Books.

Nichols, Philip M. (1996). GATT Doctrine. *Virginia Journal of International Law*, Volume 2, Virginia.

Palmer, D. y P.C. Mavroidis (1998). The WTO Legal System: Sources of Law. *American Journal of International Law*, Vol. 92, p. 398.

Petersmann, Ernst Ulrich (1997). *The GATT/WTO Dispute Settlement System*. London: Kluwer Law International.

Remiro Brotons, Antonio (1996). *Derecho de los Tratados*. Madrid: Tecnos.

Reisman, Michael and Mark Wiedman (1995). Contextual Imperatives of Dispute Resolution Mechanisms –Some Hypotheses and their Applications in the Uruguay Round and NAFTA. *Journal of World Trade*, Vol. 29, N° 5.

Rodríguez Arias, L. El abuso del derecho en la Historia y en la legislación. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, N° XXIV.

Schloemann, Hannes y Stefan Ohlhoff (1999). ‘Constitutionalization’ and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *American Journal of International Law*, Vol. 93.

LAS NEGOCIACIONES EN MATERIA DE ANTIDUMPING
EN LA OMC : PERSPECTIVAS

María Inés Rodríguez

INDICE

RESUMEN	35
I - INTRODUCCIÓN	35
II – EL DUMPING EN LA TEORÍA ECONÓMICA	36
III - EL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC	37
III.1 - EL CONCEPTO DE DUMPING INCORPORADO EN EL ORDENAMIENTO DE LA OMC	39
III.2 - DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE DAÑO IMPORTANTE A LA RAMA DE PRODUCCIÓN NACIONAL	40
III.3 - RELACIÓN DE CAUSALIDAD	41
III.4 - PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS ANTIDUMPING	42
III.5 - EL INTERÉS PÚBLICO	43
III.6 - REGLA DEL DERECHO INFERIOR	44
III.7 - MARGEN DE DUMPING DE MINIMIS Y VOLUMEN INSIGNIFICANTE	44
III.8 - COMPROMISOS DE PRECIOS	44
III.9 - EXÁMENES	45
III.10 - TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO	46
III.11- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	46
III.12 - ELUSIÓN	47
IV - EL ANTIDUMPING EN LA PRÁCTICA	47
V - LA FUNCIÓN DEL ANTIDUMPING EN EL COMERCIO INTERNACIONAL	51
VI - LAS NEGOCIACIONES EN LA OMC	52
VII - COMENTARIOS FINALES	56

LAS NEGOCIACIONES EN MATERIA DE ANTIDUMPING EN LA OMC: PERSPECTIVAS

María Inés Rodríguez (*)

* Miembro del Servicio Exterior de la Nación

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores y no comprometen a las instituciones en las cuales se desempeñan.

RESUMEN

► La nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales lanzada en Doha incluye, entre otros temas, las disposiciones en materia de antidumping. Las acciones contra el dumping, permitidas ya en el GATT de 1947 en ciertos casos, fueron objeto de regulación más detallada durante la Ronda Uruguay. El Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping), si bien significó un importante avance, contiene muchas imprecisiones y lagunas.

► El incremento en el uso de medidas antidumping por un número creciente de países registrado a partir de 1990, actualizó la controversia entre aquellos que las consideran una herramienta fundamental de la política comercial que hace posible la liberalización comercial y aquellos que ven en ellas un instrumento proteccionista cuyo uso indebido constituye una amenaza para el sistema comercial que puede neutralizar los logros obtenidos en la liberalización del acceso a los mercados.

► La inclusión de este tema en la agenda de las negociaciones representó un logro para los “Amigos del Antidumping”. Este grupo, conformado por quince Miembros en desarrollo y desarrollados -fundamentalmente destinatarios de medidas antidumping-, desea modificar y aclarar las actuales disposiciones del Acuerdo Antidumping a fin de eliminar o reducir la discrecionalidad de las autoridades al aplicar medidas antidumping.

► El presente trabajo tiene por objeto contribuir a aclarar las alternativas en juego en las actuales negociaciones a partir del examen de la situación en materia de antidumping luego de la Ronda Uruguay.

35

I - INTRODUCCIÓN

La nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales lanzada en la Conferencia Ministerial de la OMC que se celebró en Doha, Qatar, en 2001 incluye, entre otros temas, las disposiciones en materia de antidumping.

La inclusión de este tema en la agenda de las negociaciones representó un logro para un grupo de Miembros desarrollados y en desarrollo favorable a esa posición –los “Amigos del Antidumping”–, en particular teniendo en cuenta la férrea oposición de los Estados Unidos a cualquier modificación del Acuerdo Antidumping que implique un “debilitamiento” de sus leyes de defensa comercial. Por otra parte, la decisión adoptada en Doha refleja la preocupación ante el creciente recurso a medidas de este tipo que realiza un número de países cada vez mayor.

Las negociaciones en materia de antidumping abarcan simultáneamente cuestiones altamente técnicas e intensamente controvertidas. Si bien las medidas antidumping han formado parte del sistema multilateral de comercio desde sus orígenes en 1947, a medida que su uso se intensifica crece la controversia entre aquellos que las consideran una herramienta fundamental de la política comercial que hace posible la liberalización comercial y aquellos que ven en ellas un instrumento proteccionista cuyo uso indebido constituye una amenaza para el sistema comercial que puede neutralizar los logros obtenidos en la liberalización del acceso a los mercados.

El presente trabajo tiene dos objetivos estrechamente vinculados: examinar la situación en materia de antidumping luego de la Ronda Uruguay y contribuir a aclarar las alternativas en

juego en las actuales negociaciones. En la sección II se analizan las condiciones que posibilitan el dumping y las razones para practicarlo; en la siguiente (III) se efectúa un repaso de las principales disposiciones del Acuerdo Antidumping negociado en la Ronda Uruguay. La práctica del antidumping se discute en la sección IV en tanto que en la V se presentan algunos debates en torno del antidumping. La sección VI estará dedicada al estado de las negociaciones. Finalmente, en la sección VII se presentan algunos comentarios finales.

II - EL DUMPING EN LA TEORÍA ECONÓMICA

En economía el dumping se define generalmente como una forma de discriminación internacional de precios en virtud de la cual un exportador cuando exporta un producto fija un precio menor que el precio al que vende ese producto en el mercado doméstico. El dumping sólo es posible si se cumplen dos condiciones¹:

- ▣ hay dos mercados separados por algún tipo de barrera –como, por ejemplo, barreras geográficas, arancelarias o vinculadas a prácticas empresariales como cárteles o acuerdos de distribución exclusiva– de forma que los residentes de un mercado no pueden comprar los bienes vendidos en el otro mercado –i.e. no es posible realizar arbitraje de precios–;
- ▣ la respuesta de las ventas a cambios en el precio es diferente en los dos mercados o, en otras palabras, la elasticidad precio de la demanda en las ventas para exportación debe ser mayor que la elasticidad precio de la demanda en las ventas domésticas. Al ser distinta la elasticidad precio en los mercados, la discriminación de precios permite maximizar beneficios.

36

Por otra parte, cada vez más se acepta definir el dumping como “ventas transnacionales por debajo del costo”. No existe relación entre discriminación de precios y ventas por debajo del costo. En efecto, puede haber discriminación de precios sin que las ventas se realicen por debajo del costo. A la inversa, las ventas por debajo del costo pueden tener lugar con o sin discriminación de precios.

Las razones por las cuales una empresa puede querer mantener, por un cierto período de tiempo, dos precios diferentes en dos mercados diferentes son muy variadas. Se suele mencionar como causa del dumping a la predación internacional: una firma con poder de mercado puede subvencionar un mercado de exportación a través de un precio de mercado bajo con las ganancias obtenidas en el mercado doméstico a través de un precio más elevado, con el objetivo de eliminar la competencia en el mercado con precios menores y finalmente obtener ganancias monopólicas allí.

Cabe destacar que se ha puesto en duda la posibilidad de que las empresas puedan poner en práctica con éxito una estrategia de dumping predatorio. Suponiendo que una empresa a través del dumping predatorio lograra eliminar la competencia en un mercado de exportación, luego necesitaría mantener fuera de ese mercado a los potenciales nuevos oferentes que se verían atraídos por los altos precios.

Existen otras razones que pueden impulsar a una empresa a la práctica de discriminación de precios. Así, una firma con poder de mercado en el país exportador que entra en un nuevo mercado separado por aranceles, costos de transporte, estándares técnicos, u otros factores, puede mantener precios inferiores en el mercado nuevo y más competitivo (todavía a un nivel rentable) sin ningún deseo o capacidad de eliminar la competencia en ese nuevo mercado.

1) Ver Krugman y Obstfeld (1996)

También puede ocurrir que, a fin de lograr economías de escala, o por razones de promoción, o para probar un nuevo producto, un productor necesite expandirse a un nuevo mercado geográfico. Si los precios en el primer mercado están controlados por el gobierno, la reducción de precio ocasionada por el incremento de producción puede tener lugar sólo en el segundo mercado.

Empresas ubicadas en economías en una situación de recesión pueden realizar dumping, especialmente en el caso de ramas de producción de gran densidad de capital caracterizadas por una alta proporción de gastos fijos y en las que el mercado interno del país de exportación esté dominado por pocas empresas. Es probable que estas exportaciones a bajo precio ligadas al ciclo económico sean de breve duración.

El dumping definido como la fijación del precio de las exportaciones por debajo de alguna definición de costos –costos totales promedios, costos variables promedios o marginales– también puede obedecer a diversas razones. Entre otras se suelen mencionar las siguientes: la prueba y promoción de nuevos productos; una situación de recesión o de exceso de capacidad; la conquista de nuevos mercados; la maximización de las ventas en vez de las ganancias; una errónea evaluación de los costos por parte de los productores que deben tomar decisiones antes de conocer completamente los precios –por ejemplo, plantar una cosecha–. Cabe señalar que también existen actividades con costos decrecientes a medida que aumenta la experiencia en la producción, de manera que el precio resulta inferior al costo unitario durante la primera etapa de producción, situación que se revierte cuando los costos disminuyen. Esta última línea de argumentación se ha seguido en relación con las ramas de producción con intensas actividades de investigación y desarrollo, que se caracterizan por un alto grado de aprendizaje en la práctica, como por ejemplo, el sector de los semiconductores.

De lo expuesto se concluye que existen causas muy racionales por las cuales una empresa que trata de maximizar sus beneficios puede decidir discriminar precios entre dos mercados o vender por debajo del costo total. En términos económicos, salvo cuando hay un objetivo predatorio, el dumping podría aumentar el bienestar económico del país importador ya que el beneficio total del consumidor por los menores precios sería mayor que la pérdida de los productores causada por los nuevos competidores. En consecuencia, no existiría justificación desde el punto de vista económico para castigar el dumping en el comercio internacional –ni tampoco en el comercio doméstico–, excepto en el caso del dumping predatorio.²

Las disposiciones de la OMC no buscan un fundamento económico sino que tienen por objetivo evitar abusos por parte de los gobiernos nacionales al adoptar medidas antidumping. No toman en cuenta los motivos por los que se produce el dumping ni emiten juicios sobre el dumping sino que se centran en la manera en que los gobiernos de los países afectados pueden o no reaccionar ante esta práctica del sector privado.

III - EL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC

A comienzos del siglo XX varios países –Canadá, en 1904; Australia, en 1906; Sudáfrica, en 1914; Estados Unidos y Reino Unido, en 1921– adoptaron leyes condenando el dumping y contemplando la adopción de medidas contra esta práctica, al menos cuando causaba daño a las industrias competidoras en el país importador.

2) La práctica de fijación de precios predatorios está prohibida y es sancionada en muchas leyes nacionales de competencia, entre ellas, la de la Argentina.

No es de extrañar que en 1947, al negociarse el GATT, se incluyera una provisión condenando el dumping que “causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente” o “retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional” y autorizando la adopción de medidas para contrarrestar o impedir esa práctica. El Artículo VI, párrafo 2, del GATT de 1994 establece que:

“Con el fin de contrarrestar o impedir el dumping, toda parte contratante podrá percibir, sobre cualquier producto objeto de dumping, un derecho antidumping que no exceda del margen de dumping relativo a dicho producto.”

El Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 –en adelante, el Acuerdo Antidumping (AAD) o simplemente el Acuerdo– negociado durante la Ronda Uruguay aclara y amplía el Artículo VI y ambos funcionan conjunta y complementariamente. Asimismo, y a diferencia de los Códigos Antidumping concluidos en la Ronda Kennedy (1962-1967) y en la Ronda de Tokio (1973-1979), la versión de la Ronda Uruguay forma parte del Acuerdo de la OMC y se aplica a todos sus Miembros.

Cabe destacar que el Acuerdo no condena el dumping *per se*. Ello implica que el estado exportador no es responsable de tolerar en su territorio la práctica de fijación de precios de dumping ni de ninguna otra práctica comercial restrictiva. Los estados son libres de regular o no los actos de dumping, otras prácticas de fijación de precios o prácticas comerciales restrictivas que tengan lugar en su territorio³. También es importante mencionar que el derecho antidumping constituye una excepción a dos principios fundamentales del sistema multilateral de comercio: el de consolidación de aranceles –la aplicación de un derecho antidumping puede llevar a sobrepasar el arancel consolidado– y el de trato de la nación más favorecida –el derecho antidumping se aplica a las exportaciones de un país determinado, discriminando entre socios comerciales–.

El principio básico contenido en el Acuerdo Antidumping es que un Miembro de la OMC sólo podrá adoptar una medida antidumping si en una investigación –realizada conforme a las disposiciones del Acuerdo– demuestra:

- i) que existe dumping;
- ii) que la rama de producción nacional sufre daño importante o amenaza de daño importante; y
- iii) que ese daño importante o amenaza de daño importante a la rama de producción doméstica es consecuencia de las importaciones objeto de dumping –i.e., que existe una relación de causalidad entre las importaciones objeto de dumping y el daño importante–.⁴

El Acuerdo fija un marco general con reglas acerca de cada uno de esos requisitos y del procedimiento en virtud del cual los gobiernos determinan y aplican los derechos antidumping. Cada Miembro deberá dictar las leyes correspondientes para regular los detalles particulares.⁵ A continuación se examinarán las principales disposiciones del Acuerdo Antidumping.

3) Ello constituye una diferencia importante con relación al enfoque adoptado en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias que prohíbe ciertos tipos de subsidios.

4) En muchos países, entre ellos la Argentina, las determinaciones de la existencia de dumping y de daño están a cargo de organismos diferentes. Así, en nuestro país, la Dirección de Competencia Desleal (dependiente de la Secretaría de Industria, Comercio y PyME del Ministerio de Economía y Producción) se ocupa de la determinación de la existencia de *dumping* y la Comisión Nacional de Comercio Exterior (organismo que también funciona en el ámbito de la Secretaría de Industria, Comercio y PyME) de la determinación de la existencia de daño o amenaza de daño. En Estados Unidos y Canadá hay un esquema similar (el AAD no dice nada al respecto).

5) En la Argentina el Decreto 1326/98 regula las investigaciones por dumping. En 2001 se dictó el Decreto 1088 que suplantaría al anterior pero su entrada en vigor (prevista originalmente para el 1/1/2002) se postergó.

III.1 - EL CONCEPTO DE DUMPING INCORPORADO EN EL ORDENAMIENTO DE LA OMC

Según el Artículo 2 del Acuerdo Antidumping habrá dumping cuando el precio de exportación de un producto sea inferior a su valor normal. La diferencia entre el valor normal y el precio de exportación constituye el margen de dumping. El Acuerdo dispone que el valor normal de un producto es el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.⁶ Esa regla general puede ser dejada de lado cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador o cuando tales ventas no permitan una comparación adecuada –debido, por ejemplo, al bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador–. En esos casos el Acuerdo autoriza expresamente a utilizar alguno de los otros dos métodos siguientes para determinar el valor normal: el precio comparable del producto similar cuando éste se exporta a un tercer país, a condición de que ese precio sea representativo, o un valor calculado sobre la base del costo de producción del bien en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general, así como por concepto de beneficios.

Si bien la definición de dumping parece sencilla, su aplicación plantea diversas dificultades técnicas que van desde la definición del producto similar hasta la realización de cálculos y ajustes complejos a fin de que la comparación de precios que se realice para determinarlo sea válida. El Acuerdo contiene definiciones y establece ciertas directrices que las autoridades investigadoras deben seguir. Entre otras cosas, el AAD define el producto similar como un producto igual en todos los aspectos al producto objeto de investigación o que tenga características muy parecidas a él; además, dispone que la comparación entre el valor normal y el precio de exportación debe ser equitativa (“fair comparison”). En particular, dispone que esa comparación debe hacerse en el mismo nivel comercial, normalmente en el nivel “ex fábrica”, y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posible. Asimismo, habrán de tenerse debidamente en cuenta las diferencias en los niveles comerciales, en las cantidades y en las características físicas, así como otros factores que influyan en la comparabilidad de los precios –Artículo 2, párrafo 2.4–.

A pesar de lo anterior, quedan muchas lagunas e imprecisiones. Así, la expresión “operaciones comerciales normales” que es clave en la determinación del valor normal no está definida. Sin embargo, el Acuerdo establece –artículo 2, párrafo 2.2.1– que las ventas en el mercado interno del país exportador o a un tercer país a precios inferiores a los costos totales unitarios podrán considerarse no realizadas en el curso de operaciones comerciales normales por razones de precio si dichas ventas se han realizado en cantidades sustanciales, durante un período prolongado y a precios que no permiten recuperar todos los costos en un período razonable de tiempo. En la práctica, la posibilidad de considerar esas ventas como “no realizadas en el curso de operaciones comerciales normales” significa que podrán ser dejadas de lado en la determinación del valor normal, que se basará entonces en las restantes ventas a precios superiores al costo. Ello da por resultado un valor normal más elevado y consecuentemente aumenta la probabilidad de que se determine que hay dumping. En ese sentido se puede mencionar que un estudio referido a 17 investigaciones llevadas a cabo por los Estados Unidos encontró que en promedio el margen habría sido 59,69% inferior si no se hubieran excluido esas ventas.⁷

La llamada “prueba de las ventas a precios inferiores al costo” es uno de los puntos centrales en el cálculo del valor normal que la mayoría de los especialistas sugiere revisar. Más allá de las consideraciones sobre las dificultades técnicas inherentes al cálculo de los costos que requiere esta prueba, se argumenta que esta disposición no toma en cuenta los problemas que afectan a los

6) Artículo 2.1 del Acuerdo Antidumping: “A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.”

7) Ver Lindsey and Ikenson (2002)

productos como consecuencia de los llamados ciclos comerciales. Por ejemplo, los fabricantes de productos de acero o de semiconductores se ven afectados por fluctuaciones de determinados factores fundamentales de la economía a nivel mundial que obligan a vender por debajo del costo total tanto a los exportadores como a la rama de producción nacional del país que realiza una investigación por dumping. Sin embargo, el hecho de que la rama de producción nacional también esté vendiendo con pérdidas no es tenido en cuenta por las autoridades investigadoras. Este tipo de consideraciones ha llevado a plantear si no sería necesario revisar las condiciones exigidas en el Acuerdo para proceder a la exclusión de las ventas a precios inferiores al costo, y en particular, la definición de “cantidades sustanciales” que figura en la nota de pie de página 5 al artículo 2.2.

Con respecto a la metodología de cálculo del valor normal basada en la reconstrucción de costos, puede dar lugar a cierta discrecionalidad e inexactitudes debido a la necesidad de tomar como base los costos de producción de la rama exportadora en el país de origen, de efectuar asignaciones de gastos y de determinar una cantidad “razonable” en concepto de beneficios. De allí que el AAD trate de limitar esos efectos negativos sentando ciertos principios, como por ejemplo, que los costos se calcularán normalmente sobre la base de los registros que lleve el exportador o productor objeto de investigación, siempre que tales registros estén en conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados del país exportador. A pesar de todo, esta metodología es cuestionada por el amplio margen de maniobra que deja a las autoridades investigadoras. En particular, en el caso de la determinación de “beneficio razonable” se señala que los métodos autorizados por el Acuerdo para calcularlo pueden dar resultados incoherentes con la realidad comercial (generalmente beneficios elevados que aumentan el valor normal reconstruido).

III.2 - DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE DAÑO IMPORTANTE A LA RAMA DE PRODUCCIÓN NACIONAL

La primera cuestión que surge es la relativa a la definición de “rama de producción nacional”. Conforme al Acuerdo –Artículo 4–, dicha expresión abarca el conjunto de productores domésticos de un producto similar o aquellos cuya producción conjunta constituye una proporción importante de la producción total –salvo las exclusiones permitidas por el Acuerdo, como por ejemplo, los productores que están vinculados a los exportadores–. Cabe señalar que el AAD no aclara qué debe entenderse por una “proporción importante” de la producción, dejando esta cuestión librada al criterio de las autoridades de aplicación de cada Miembro.

Las normas aplicables a la determinación de daño están contenidas en el Artículo 3 del Acuerdo Antidumping. Dicho artículo prescribe que la determinación de daño debe fundarse en evidencia positiva y que deben examinarse de manera objetiva el volumen de las importaciones objeto de dumping y el efecto de esas importaciones sobre los precios del producto similar en el mercado doméstico y sobre los productores domésticos del producto similar.

Las autoridades investigadoras deben observar si se ha producido un aumento significativo de importaciones vendidas a precios de dumping, sea en cifras absolutas o en relación con la producción o el consumo nacionales. Asimismo, deben analizar si los precios de las importaciones objeto de dumping han entrañado una subvaloración de los precios del producto nacional similar, han hecho bajar de otro modo el precio del producto similar o han impedido la subida de ese precio.

A fin de examinar la repercusión de las importaciones objeto de dumping en la rama de producción nacional se deben evaluar todos los factores que influyen en esa rama, entre otros, los siguientes –enumerados en el Artículo 3, párrafo 3.4–: disminución potencial y efectiva de las ventas, de los beneficios, de la producción, de la participación en el mercado, de la productividad,

del retorno sobre la inversión o de la utilización de capacidad; los factores que influyen en los precios internos; la importancia del margen de dumping; los efectos reales o potenciales en las existencias; el empleo; los salarios. El Acuerdo señala que la lista de factores no es exhaustiva, y que “ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva”.

Cabe destacar que cuando se investigan importaciones de un producto procedentes de varios países deben evaluarse por separado para cada país los efectos de esas importaciones. Sin embargo, en ciertas circunstancias el Acuerdo permite que las autoridades evalúen el efecto conjunto de todas las importaciones objeto de investigación. Tal acumulación sólo está autorizada si las autoridades determinan, entre otras condiciones, que procede la evaluación acumulativa de los efectos de las importaciones a la luz de las condiciones de competencia entre los productos importados y el producto nacional similar –Artículo 3, párrafo 3.3–. No obstante, el Acuerdo no establece qué factores deben considerarse para evaluar si las condiciones de competencia entre los productos importados y entre cada producto importado y el producto nacional similar son o no las mismas. Ello puede llevar a acumular importaciones de productos que tienen usos diferentes y no son sustituibles, en la medida en que se cumplan los otros dos requisitos exigidos por el AAD.

Con respecto a la determinación de la existencia de una amenaza de daño importante, el Acuerdo establece que la misma se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. Asimismo, contiene una enumeración no exhaustiva de los factores que las autoridades deberán considerar al llevar a cabo una determinación de existencia de amenaza de daño importante mencionando, entre otros, tasa de crecimiento de las importaciones, capacidad disponible del exportador, existencias del producto, etc.

Finalmente, es interesante destacar que mientras para justificar medidas de salvaguardia se exige que el daño o la amenaza de daño a la rama de producción sea “grave” –Artículo 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias–, en el caso de los derechos antidumping, la norma es menos estricta, siendo suficiente demostrar la existencia o amenaza de un daño importante. Esta diferencia de criterio suele justificarse aduciendo que, en el primer caso, los problemas de la rama de producción no son imputables a ciertas prácticas comerciales de los proveedores extranjeros como sí ocurriría en el caso de las medidas antidumping.

III.3 - RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Para que puedan adoptarse derechos antidumping debe establecerse claramente la existencia de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción. El Acuerdo prescribe que las autoridades investigadoras deben examinar si otros factores distintos de las importaciones vendidas a precios de dumping causan un perjuicio a la rama de producción nacional. No pueden percibirse derechos antidumping si la causa de las dificultades de la rama de producción estriba principalmente en factores distintos de las importaciones objeto de dumping. Entre esos factores pueden figurar el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping; la contracción de la demanda o las variaciones de la estructura del consumo; las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros; la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora; y la productividad de la rama de producción nacional.

Sin embargo, el Acuerdo carece de una metodología que asegure que, incluso en presencia de otros factores, sólo se constate la existencia de relación causal cuando haya una vinculación clara y sustancial entre las importaciones objeto de dumping y el daño. Ello permite que las autoridades

impongan medidas aun cuando el daño sufrido por la rama de producción nacional tenga por causas fundamentales otros factores distintos de dumping.

III.4 - PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS ANTIDUMPING

El procedimiento tendiente a adoptar medidas antidumping abarca varias etapas: la iniciación de la investigación; el proceso de investigación propiamente dicho, durante el cual se pueden adoptar medidas provisionales; la imposición de derechos antidumping; y la finalización del derecho antidumping. El Acuerdo Antidumping establece normas detalladas referidas a cada una de estas etapas a fin de dar a todas las partes interesadas oportunidad de presentar pruebas y defender sus intereses. Asimismo, a través de una serie de disposiciones tales como plazos máximos para cada etapa del proceso, publicidad de los actos, notificación a las partes interesadas, oportunidad para la presentación de pruebas, respeto por la confidencialidad de la información y revisión judicial, el Acuerdo procura asegurar la transparencia y el debido proceso. También existe la obligación de notificar al Comité de Prácticas Antidumping de la OMC las leyes nacionales que regulan las medidas antidumping y sus modificaciones, todas las medidas antidumping preliminares o definitivas que adopten y, semestralmente, las investigaciones iniciadas y las medidas adoptadas.

El Acuerdo contiene reglas con miras a asegurar que, una vez comenzada una investigación, los exportadores y los importadores de los productos presuntamente vendidos a precios de dumping, los gobiernos de los países exportadores y otras partes interesadas –por ejemplo, las asociaciones mercantiles o profesionales de las que sean miembros los exportadores o productores– tengan la oportunidad de presentar por escrito y oralmente pruebas y argumentos para defender sus intereses.

42

Se suele señalar que, si bien las disposiciones del Acuerdo Antidumping tratan de proteger los derechos de los productores domésticos y de los exportadores, en la práctica hay un desequilibrio. Independientemente del resultado de un procedimiento antidumping, la iniciación de tal procedimiento en sí misma puede tener repercusiones importantes en las ramas exportadoras implicadas. Así, la mera presentación de una solicitud de investigación por presunto dumping puede entorpecer el comercio al crear incertidumbre sobre el futuro. Además, todo el proceso de suministrar información –a veces, en una lengua extranjera–, tal vez acudir a vistas orales en el país que inicia el procedimiento y realizar otras tareas conexas entraña cuantiosos gastos. De allí que se critiquen por poco exigentes los requisitos de apoyo de la rama de producción doméstica a una solicitud y de información que debe contener la solicitud. Se argumenta que todo ello facilita el inicio de investigaciones sin que tengan un sustento fuerte.

Normalmente, las investigaciones con miras a la fijación de derechos antidumping se inician en virtud de una solicitud escrita previa presentada por o en nombre de la rama de producción nacional.⁸ Se considera que la solicitud ha sido hecha por o en nombre de la rama de producción nacional cuando los productores que apoyan la solicitud representen más del 50% de la producción total de los que manifiestan su apoyo o su oposición a la solicitud –es decir, se excluyen del cálculo aquellos productores que no expresan opinión ni a favor ni en contra de la solicitud de investigación–. A ello hay que agregar que sólo podrá iniciarse una investigación cuando los productores que expresamente apoyan la solicitud representen por lo menos el 25% de la producción total de la rama de producción. Estas dos condiciones pueden llevar a que se acepten solicitudes de inicio de investigación apoyadas por productores que representan el 25% de la producción total de la rama si los productores domésticos que se oponen representan el 20% de la producción de la rama y los productores restantes (55%) no expresan opinión.

8) Sólo en circunstancias especiales puede el gobierno de un país importador iniciar una investigación por presunto dumping sin haber recibido una solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella (Artículo 5, párrafo 5.6).

A fin de fundamentar su denuncia de que las importaciones vendidas a precios de dumping le causan un daño importante, el solicitante deberá incluir en la solicitud la información que razonablemente tenga a su alcance sobre una serie de puntos estipulados en el Acuerdo, incluidos datos sobre los precios a los que se vende el producto de que se trate en el mercado interno del país exportador –o, cuando proceda, precios a los que se vende a un tercer país o sobre el valor reconstruido–, precios de exportación al país que realiza la investigación, evolución del volumen de las importaciones supuestamente objeto de dumping, etc. Las autoridades investigadoras deberán examinar la exactitud y pertinencia de las pruebas presentadas y, si no existen pruebas suficientes del dumping o del daño, deberán rechazar la solicitud.

Iniciada la investigación, si bien el Acuerdo reconoce a las empresas exportadoras el derecho a defender sus intereses durante las investigaciones, también las obliga a cooperar con las autoridades investigadoras y a comunicarles cualquier información que éstas puedan solicitarles sobre los costos de producción y otras cuestiones. Las autoridades piden que esa información se les facilite cumplimentando un cuestionario dentro de un plazo no inferior a 30 días, que puede ser prorrogado –Artículo 6, párrafos 1.1 y 13–. Si los exportadores no cooperan o si la información que proporcionan se juzga incompleta o imprecisa, el Acuerdo Antidumping autoriza a las autoridades investigadoras a formular determinaciones sobre la base de “los hechos de que tengan conocimiento”, es decir, información procedente de una fuente secundaria incluida la que figura en la solicitud de iniciación presentada por la rama de producción nacional, y fija ciertas reglas generales sobre cómo deben proceder las autoridades investigadoras –Anexo II del Acuerdo Antidumping–.

La utilización de la mejor información disponible es bastante habitual en ciertos países como Estados Unidos. En las investigaciones correspondientes al período 1995-1998 el Departamento de Comercio recurrió a esta práctica más del 25% de las veces y los márgenes de dumping así determinados ascendieron en promedio al 95,58% en tanto que cuando se usaron los datos proporcionados por los productores o exportadores investigados dicho margen fue del 27,22%.⁹

Dado que las determinaciones basadas en “los hechos de que se tenga conocimiento” pueden arrojar márgenes de dumping más elevados, en la mayoría de los casos, a fin de participar en un procedimiento por dumping los exportadores se procuran asesoramiento legal, por lo general costoso.

Se suele insistir en la necesidad de contar con disciplinas más estrictas respecto a esta práctica. Sin embargo, ciertos autores¹⁰ creen que es poco lo que puede hacerse para mejorar las disposiciones ya existentes en el Acuerdo sobre esta cuestión y que, en todo caso, habría que recurrir al procedimiento de solución de controversias previsto en la OMC en caso de incumplimiento de las actuales normas. Aunque reconocen que la utilización de los hechos de que se tenga conocimiento puede dar lugar a ciertos abusos, consideran que las autoridades investigadoras al carecer de poder de coherción sobre las empresas investigadas necesitan contar con cierta discrecionalidad a fin de alentar su cooperación y de completar cuando sea necesario la información que ellas brindan.

III.5 - EL INTERÉS PÚBLICO

Los usuarios industriales y las organizaciones de consumidores de los productos objeto de investigación deben tener oportunidad de facilitar cualquier información que sea pertinente para la investigación en relación con el dumping, el daño y la relación de causalidad –Artículo 6.12–. Esta disposición tiene por objeto proteger los intereses de los usuarios industriales y los

9) Ver Lindsey and Ikenson (2002)

10) Ver Lindsey and Ikenson (2002)

consumidores de los productos objeto de investigación, que podrían verse perjudicados por una suba de precios provocada por los derechos antidumping.

Ciertos Miembros, como la Argentina, Canadá, Malasia, Tailandia y la Unión Europea, han incorporado en sus legislaciones domésticas una disposición relativa al interés público en virtud de la cual las autoridades pueden rechazar la adopción de derechos, aun cuando se haya determinado que existe dumping y que causa o amenaza causar daño importante a la rama de producción doméstica, si esa medida antidumping fuera contraria al interés público más amplio.¹¹ Para algunos sería conveniente incluir una disposición semejante en el Acuerdo Antidumping. Ello requeriría el establecimiento de criterios para su aplicación a fin de evitar que se transforme en un instrumento para bloquear la adopción de medidas antidumping sin causas claras.¹²

III.6 - REGLA DEL DERECHO INFERIOR

Concluida la investigación y habiéndose establecido que las importaciones vendidas a precios de dumping causan un perjuicio a la rama de producción nacional, la decisión de adoptar un derecho antidumping y de fijar su cuantía en un nivel igual o inferior a la totalidad del margen de dumping habrá de ser tomada por las autoridades gubernamentales competentes. El Acuerdo indica que “es deseable” que se fije un derecho inferior al margen de dumping si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la rama de producción –Artículo 9, párrafo 9.1–. Este principio llamado “regla del derecho inferior” (lesser duty rule) plantea problemas prácticos pues requeriría para su aplicación que se determinara el margen de daño –concepto actualmente no definido en el Acuerdo– y que se percibiera el derecho antidumping sobre la base de ese margen si fuera inferior al margen de dumping. Se ha venido reclamando con insistencia la necesidad de hacer obligatoria la regla del derecho inferior. Si bien esa propuesta podría parecer beneficiosa, debería ser analizada cuidadosamente. En ese sentido, algunos autores¹³, fundándose en la experiencia de algunos Miembros –como la Unión Europea– que ya aplican obligatoriamente la regla del derecho inferior, han alertado sobre las dificultades para calcular el margen de daño, que pueden introducir nuevos elementos de discrecionalidad para la autoridad investigadora. Asimismo, se ha señalado que en países donde esta norma es obligatoria los detalles de los cálculos se consideran confidenciales y en consecuencia no pueden comprobarse.

III.7 - MARGEN DE DUMPING DE MINIMIS Y VOLUMEN INSIGNIFICANTE

No siempre una investigación por dumping va a concluir en la fijación de derechos definitivos. Puede ocurrir que se ponga fin a la investigación porque el margen de dumping es *de minimis* –i.e., inferior al 2% expresado como porcentaje del precio de exportación– o porque el volumen de las importaciones procedentes de un determinado país es insignificante –i.e., menor al 3% de las importaciones totales, siempre que las importaciones procedentes de países que individualmente representan menos del 3%, en conjunto no superen el 7% de las importaciones del producto objeto de investigación–.

III.8 - COMPROMISOS DE PRECIOS

También a veces se suspende o termina una investigación sin aplicación de derechos porque las empresas exportadoras ofrecen compromisos relativos a precios –es decir, voluntariamente

11) En el caso de la Argentina, tanto el Decreto 1326/98 (art. 30) como el Decreto 1088/2001 (art. 28) establecen que la autoridad competente deberá preparar un informe de recomendación de aplicación o no de derechos antidumping, que estará basado en el informe de la Comisión Nacional de Comercio Exterior relativo a la determinación final de daño a la rama de producción nacional causado por las importaciones objeto de la investigación y a la relación de causalidad entre éste y el dumping, y que deberá asimismo considerar las demás circunstancias atinentes a la política general de comercio exterior y al interés público, debiendo fundamentar dicha evaluación.

12) En realidad el Acuerdo es favorable a ello, pues establece que los derechos antidumping son facultativos y que es deseable que sean menores al margen de dumping si con ello se elimina el daño –lesser duty–.

13) ver UNCTAD (2002)

asumen el compromiso de revisar sus precios poniendo fin al dumping— y las autoridades a cargo de la investigación aceptan el compromiso —Artículo 8—. Es importante destacar que sólo podrá ofrecerse un compromiso de precios cuando haya una determinación preliminar positiva de existencia de dumping y de daño. Este requisito procura evitar que se exija a los exportadores contraer tales compromisos en materia de precios cuando sus ventas no causen daño a la rama de producción del país importador. Por otra parte, las autoridades investigadoras no están obligadas a aceptar el compromiso de precios ofrecido, teniendo amplia discrecionalidad. El exportador puede solicitar que prosiga la investigación aunque se haya aceptado un compromiso, y en caso de que se formule una determinación negativa definitiva de la existencia de dumping, de daño o de relación causal, el compromiso quedará automáticamente extinguido.

III.9 - EXÁMENES

El principio enunciado en el Acuerdo es que un derecho antidumping sólo permanecerá en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar el dumping que esté causando daño. El Artículo 11 prescribe un examen periódico de la necesidad de mantener los derechos antidumping o los compromisos relativos a precios. Los exámenes se llevan a cabo por iniciativa de las autoridades de investigación o a petición de una parte interesada (por ejemplo, los exportadores). Las partes interesadas pueden pedir a las autoridades que examinen si es necesario mantener el derecho para neutralizar el dumping, si sería probable que el daño siguiera produciéndose o volviera a producirse en caso de suprimir el derecho o ambos aspectos. Si de resultados de tal examen las autoridades llegan a la conclusión de que las medidas ya no están justificadas, éstas deberán eliminarse.

El Acuerdo también prevé en el Artículo 11.3 que los derechos antidumping definitivos caducan automáticamente al cabo de cinco años, a menos que se determine, en un examen del caso iniciado a solicitud de la industria doméstica antes de la fecha de extinción, que la supresión de tales medidas daría lugar a la continuación o repetición del dumping y del daño. Por consiguiente, estos exámenes por extinción (“sunset review”) pueden tener por efecto prorrogar la aplicación de los derechos antidumping después del período de cinco años y, además, cuando la conclusión del examen es que continúe el derecho, el nuevo plazo de cinco años empezará a correr desde la fecha del examen.

Los exámenes intermedios y por extinción requieren análisis de naturaleza prospectiva y contrafáctica. El hecho que durante el período examinado no se haya producido dumping y/o daño no es necesariamente decisivo pues ello podría ser efecto de las medidas antidumping adoptadas. A ello se agrega que en los exámenes suelen utilizarse criterios diferentes a los usados en la investigación inicial; en particular, en el caso del cálculo del dumping ello puede repercutir en los resultados. Por ejemplo, el margen de dumping determinado en un examen por comparación de cada precio de exportación con el promedio ponderado mensual puede resultar más elevado que el determinado en la investigación inicial comparando precios promedios ponderados anuales. Además, el Acuerdo no fija plazos estrictos para la realización de los exámenes y sólo dispone que se realizarán “rápidamente” y “normalmente se terminarán dentro de los doce meses siguientes a la fecha de su iniciación” —Artículo 11, párrafo 11.4—. La experiencia de algunos Miembros demuestra que la duración de los exámenes puede rebasar muchísimo el límite recomendado —ha sido, en algunos casos, de 30 meses¹⁴—. Todos los factores mencionados dejan amplia discrecionalidad a las autoridades investigadoras y pueden facilitar el mantenimiento de derechos antidumping mucho más allá de la duración máxima de cinco años permitida en el Acuerdo. De allí que los exámenes constituyan una preocupación central de las ramas exportadoras sujetas a la imposición de derechos antidumping.

14) ver Vermulst (2000)

A diferencia de la mayoría de los acuerdos de la OMC, el Acuerdo Antidumping no hace diferencia entre países desarrollados y en desarrollo, que quedan así sometidos a las mismas reglas y tienen los mismos derechos y obligaciones. La única excepción es el artículo 15 – tomado sin cambios del Código de la Ronda Tokio– que reconoce que los países desarrollados, al contemplar la aplicación de medidas antidumping, “deberán tener particularmente en cuenta la especial situación de los países en desarrollo Miembros”. Asimismo, impone la obligación de explorar antes de la aplicación de los derechos antidumping “las posibilidades de hacer uso de las soluciones constructivas previstas por este Acuerdo cuando dichos derechos puedan afectar a los intereses fundamentales de los países en desarrollo Miembros”, aunque no aclara cuáles son esas soluciones constructivas.¹⁵ Esta disposición, de términos imprecisos, poco efecto práctico ha tenido y ha motivado reclamos de los países en desarrollo en el sentido de hacerla verdaderamente operativa. En la Conferencia Ministerial de Doha se dispuso que las modalidades para su aplicación y las aclaraciones al respecto se examinaran en el Comité Antidumping durante el año 2002. Sin embargo, y a pesar de que se presentaron varias propuestas para aclarar cuáles podrían ser las “soluciones constructivas”, no fue posible llegar a un consenso sobre el tema.

III.11- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El Acuerdo dispone que un Miembro afectado podrá someter al Órgano de Solución de Controversias –OSD– tres tipos de medidas adoptadas por la autoridad competente del Miembro importador: medidas definitivas para percibir derechos antidumping definitivos o para aceptar compromisos en materia de precios y, en ciertos casos, medidas provisionales – Artículo 17, párrafo 17.4–. A diferencia de otros acuerdos, el Acuerdo Antidumping contiene los principios que deben orientar al grupo especial¹⁶ en el examen del asunto que se le someta (estándar de revisión). Así, establece que, si el grupo especial determina que las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos, no invalidará la evaluación aun en el caso de que el grupo especial llegue a una conclusión distinta a la de las autoridades nacionales –Artículo 17, párrafo 17.6–. Asimismo, cuando una disposición del Acuerdo se preste a varias interpretaciones admisibles y la medida adoptada por las autoridades se base en alguna de esas interpretaciones, el grupo especial deberá declarar que dicha medida está en conformidad con el Acuerdo.

A pesar de los límites impuestos por el Acuerdo, se han formulado críticas a la actuación de los grupos especiales y al Órgano de Apelación en el sentido que muchas veces sus recomendaciones se exceden en la interpretación de las disposiciones de la OMC, al expedirse sobre disposiciones ambiguas, y no respetan el estándar de revisión negociado en la Ronda Uruguay. Se argumenta, así, que no se ha observado el principio de la moderación jurídica según el cual cuando el texto de un Acuerdo es ambiguo y los antecedentes de las negociaciones no están disponibles o no son de utilidad, se debería adoptar la interpretación más beneficiosa a la soberanía del estado. Ello crearía un riesgo de que las decisiones resultantes excedan el consenso que enmarcó el acuerdo original.¹⁷ En la sección VI se verá que Estados Unidos se ha hecho eco de estas críticas en su posición frente a las negociaciones.

15) En el caso UE-Ropa de cama el Grupo especial estableció que las soluciones constructivas podían ser la aceptación de compromisos relativos a los precios o la aplicación de la regla del derecho inferior–ver sección III.11–.

16) Uno de los procedimientos para la solución de disputas entre Miembros de la OMC –contemplado en el “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”– es el establecimiento de un grupo especial de expertos para que examine la cuestión y formule conclusiones. El Órgano de Solución de Diferencias tiene la facultad exclusiva de establecer dichos grupos especiales a solicitud de la parte reclamante en una disputa y puede aceptar o rechazar sus conclusiones.

17) Ver Esserman and Howe (2003)

III.12 - ELUSIÓN

Para terminar esta sección se hará un breve comentario sobre la cuestión de la elusión de las medidas antidumping. Ella se refiere a ciertas prácticas realizadas por empresas afectadas por derechos antidumping a fin de evitar el pago de esos derechos, tales como exportar los componentes del producto y luego realizar el ensamblado en el país importador o en un tercer país. Al finalizar la Ronda Uruguay se adoptó una Decisión sobre las medidas contra la elusión (Marrakech, 15 de abril de 1994) que reconoció la conveniencia de contar con reglas uniformes sobre elusión y remitió la cuestión para su resolución al Comité de Prácticas Antidumping. Desde entonces este tema ha sido objeto de análisis en un grupo de trabajo creado a tal efecto; sin embargo, registró escasos avances –por ejemplo, no fue posible llegar a un acuerdo sobre la definición de elusión–. En el marco de las actuales negociaciones algunos Miembros como la Unión Europea y los Estados Unidos manifestaron su interés en abordar la elusión de las medidas antidumping, considerando que se trata de un asunto pendiente de la Ronda Uruguay. Esta propuesta fue recibida con dudas a la luz de lo ocurrido en el grupo de trabajo.

IV - EL ANTIDUMPING EN LA PRÁCTICA

Tradicionalmente, el antidumping era una herramienta cuyo uso estaba reservado al mundo industrializado. Australia, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelandia y la Unión Europea fueron durante muchos años los principales usuarios de medidas antidumping, iniciando aproximadamente el 80% de las investigaciones entre 1987 y 1992.¹⁸ La situación comenzó a cambiar a fines de la década de 1980 cuando México, Brasil y Argentina se unieron a estos usuarios tradicionales de antidumping. Pero fue después de la conclusión de la Ronda Uruguay cuando la actividad antidumping se intensificó de manera importante y cambió el perfil de los usuarios. El 1 de enero de 1995, cuando el Acuerdo Antidumping entró en vigor, había 730 medidas antidumping definitivas en vigor; en julio de 2003 ese número había crecido a poco más de 1400, correspondiendo aproximadamente el 35% a los usuarios tradicionales –ver Cuadro II.A–. Hasta el 24 de octubre de 2003, 75 Miembros de la OMC –la Unión Europea se cuenta como un Miembro– habían adoptado leyes antidumping nacionales.¹⁹

Según datos estadísticos de la OMC, en el período 1/1/1995–30/6/2003 40 Miembros iniciaron 2284 investigaciones por presunto dumping. Cabe destacar que de ese total 1420 investigaciones, es decir, el 62,17%, fueron iniciadas por seis Miembros: India (344 investigaciones; 15,06%), Estados Unidos (308; 13,49%), la Unión Europea (270; 11,82%), seguidos a cierta distancia por la Argentina (180; 7,88%), Sudáfrica (162; 7,09%) y Australia (156; 6,83%) –ver Cuadro I.A.–.²⁰

Como se puede observar en el Cuadro I.B, China fue el principal destinatario de esas investigaciones. En efecto, 324 iniciaciones (14,19%) se refirieron a productos originarios de ese país. Muy por debajo le siguen en importancia Corea (174; 7,62%), los Estados Unidos (122; 5,34%) y Taipei Chino (117; 5,12%). Cabe destacar que en el caso de China 64 investigaciones fueron iniciadas por India, 44 por los Estados Unidos, 41 por la UE y 39 por la Argentina, en tanto en el caso de los Estados Unidos 31 de las 122 investigaciones fueron iniciadas por sus socios del NAFTA.

Por otra parte, las medidas antidumping definitivas adoptadas por 36 Miembros en el mismo período ascendieron a 1402 –ver Cuadro II.A más abajo–. Nuevamente, India encabeza el ranking de usuarios con 241 medidas definitivas (17,19%), en tanto los Estados Unidos (196; 13,98%) y

18) Ver Miranda, Torres y Ruiz (1998)

19) Ver Informe (2003) del Comité de Prácticas Antidumping al Consejo General (documento G/L/653)

20) Es importante aclarar que el número de investigaciones iniciadas puede ser cuestionado como indicador de la intensidad en el uso del antidumping. Sería más adecuado tomar, por ejemplo, el valor de las importaciones afectadas por las investigaciones a fin de establecer un ranking de usuarios. Sin embargo, no se dispone de datos estadísticos que permitan elaborar otros indicadores más precisos.

Cuadro I.A
Iniciación de investigaciones antidumping
Período 01/01/1995-30/06/2003

Miembro	Cantidad de investigaciones iniciadas	Participación en el total (%)
India	344	15,06%
Estados Unidos	308	13,49%
Unión Europea	270	11,82%
Argentina	180	7,88%
Sudáfrica	162	7,09%
Australia	156	6,83%
Canadá	113	4,95%
Brasil	107	4,68%
México	65	2,85%
China	61	2,67%
Corea	59	2,58%
Resto	459	20,10
Total	2284	100,00%
Tradicional ^(*)	886	38,79%
No tradicionales	1398	61,21%

Fuente: Elaboración propia tomando como base datos estadísticos de la OMC
 (*) Incluye a Australia, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelandia y la Unión Europea

Cuadro I.B
Iniciación de investigaciones antidumping
Período 01/01/1995-30/06/2003

Miembro destinatario	Cantidad de investigaciones iniciadas	Participación en el total (%)
China	324	14,19%
Corea	174	7,62%
Estados Unidos	122	5,34%
Taipei chino	117	5,12%
Japón	98	4,29%
Indonesia	92	4,03%
India	91	3,98%
Tailandia	86	3,77%
Rusia	84	3,68%
Alemania	73	3,20%
Brasil	70	3,06%
Resto	953	41,73
Total	2284	100,00%

Fuente: Elaboración propia tomando como base datos estadísticos de la OMC

la Unión Europea (184; 13,12%) ocupan el segundo y el tercer lugar respectivamente. Siguen la Argentina (138 medidas definitivas; 9,84%) y Sudáfrica (108 medidas definitivas; 7,70%).

En cuanto a los destinatarios de las medidas definitivas, nuevamente corresponde a China el primer lugar pues 232 medidas antidumping definitivas (i.e., 16,55%) se refieren a productos de ese origen. Corea (92; 6,56%), Taipei Chino (75; 5,35%), Estados Unidos (69; 4,92%) y Japón (68; 4,85%) ocupan los cuatro puestos siguientes –ver Cuadro II.B–.

El 50% de las investigaciones iniciadas en el período bajo análisis se refiere a productos pertenecientes a dos categorías: metales básicos y sus manufacturas (31,17%), y productos de las industrias químicas o conexos (19,09%). Ese porcentaje sube al 82% si se agregan los siguientes cuatro sectores: plásticos y sus manufacturas, caucho y sus manufacturas (12,26%); máquinas y aparatos, material eléctrico y sus partes (8,71%); textiles y sus manufacturas (6,57%); pasta de madera o de las demás fibras celulósicas (4,24%). Ese patrón se repite en las medidas definitivas. Con respecto a la participación de los países en desarrollo, cabe destacar que más de la mitad de las investigaciones fueron iniciadas por ese grupo de países. Esto contrasta con el escaso uso que los

Cuadro II.A
Medidas antidumping definitivas
Período 01/01/1995-30/06/2003

Miembro	Cantidad de medidas	Participación en el total (%)
India	241	17,19%
Estados Unidos	196	13,98%
Unión Europea	184	13,12%
Argentina	138	9,84%
Sudáfrica	108	7,70%
Canadá	68	4,85%
México	57	4,07%
Brasil	55	3,92%
Turquía	54	3,85%
Australia	42	3,00%
Resto	259	18,47%
Total	1402	100,00%
Tradicional(*)	502	35,80%
No tradicionales	900	64,20%

Fuente: Elaboración propia tomando como base datos estadísticos de la OMC

(*) Incluye a Australia, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelandia y la Unión Europea

Cuadro II.B
Medidas antidumping definitivas
Período 01/01/1995-30/06/2003

Miembro destinatario	Cantidad de medidas	Participación en el total (%)
China	232	16,55%
Corea	92	6,56%
Taipei chino	75	5,35%
Estados Unidos	69	4,92%
Japón	68	4,85%
Rusia	66	4,71%
Tailandia	55	3,92%
Brasil	54	3,85%
India	48	3,42%
Indonesia	45	3,21%
Resto	598	42,65%
Total	1402	100,00%

Fuente: Elaboración propia tomando como base datos estadísticos de la OMC

países en desarrollo hacían del antidumping en la década de los '80. En efecto, en el período enero de 1980-junio de 1987 sólo iniciaron 7 investigaciones.²¹

La explicación de este fenómeno descansa, en parte, en el cambio experimentado en la política comercial de muchos países en desarrollo como parte de ciertas reformas orientadas al mercado. Se pasó de un régimen proteccionista con altos aranceles, cuotas y licencias de importación, que hacía innecesario recurrir a medidas antidumping, a un régimen comercial más abierto. A ello hay que agregar que esta liberalización unilateral fue “anclada” a través de la consolidación de los menores aranceles en el GATT. La vinculación entre liberalización comercial unilateral y uso intensivo de antidumping se explica porque, a diferencia de la liberalización que proviene de un acuerdo comercial, en la apertura unilateral no hay un grupo de exportadores interesado en obtener acceso a otros mercados que balancee las demandas proteccionistas de los productores. Consecuentemente, la apertura unilateral no puede ser presentada a los ciudadanos como un “quid pro quo” sino que debe ser justificada por sus propios méritos. De allí que las autoridades estarían más dispuestas, ante la necesidad de responder a las fricciones creadas por la apertura del mercado doméstico, a recurrir a las medidas antidumping, sobre todo teniendo en cuenta las restricciones impuestas por los compromisos asumidos en el ámbito multilateral.²²

La Argentina, si bien se unió al GATT en 1967, ratificó el Código Antidumping de la Ronda Tokio en 1991. Ese año inició sólo una investigación, número que se incrementó rápidamente en

21) Ver Lindsey and Ikenson (2001)

22) Ver Miranda, Torres y Ruiz (1998)

los años siguientes: en 1992 las investigaciones iniciadas fueron 14, en 1993, 27 y en 1994, 17. Si se considera el período 01/01/1995-30/06/2003, la Argentina ocupa el cuarto lugar por investigaciones iniciadas y por medidas definitivas en vigor, como ya se mencionó. Es interesante señalar que, de las 138 medidas adoptadas en ese período, 32 se refirieron a productos originarios de China y 26 a productos originarios de Brasil –ver Cuadros III.A y B–.

Cuadro III.A
Argentina-Investigaciones iniciadas
Período 01/01/1995-30/06/2003

Miembro	Cantidad de investigaciones iniciadas	Participación en el total (%)
China	39	21,67%
Brasil	31	17,22%
Taipei chino	10	5,56%
Sudáfrica	10	5,56%
Corea	9	5,00%
Resto	81	45,00%
Total	180	100,00%

Fuente: Elaboración propia tomando como base datos estadísticos de la OMC

Cuadro III.B
Argentina-Medidas antidumping
Período 01/01/1995-30/06/2003

Miembro	Cantidad de medidas	Participación en el total (%)
China	32	23,19%
Brasil	26	18,84%
Taipei chino	11	7,97%
Corea	9	6,52%
Sudáfrica	6	4,35%
Resto	54	39,13%
Total	138	100,00%

Fuente: Elaboración propia tomando como base datos estadísticos de la OMC

Por otra parte, la Argentina también ha sido destinataria de medidas antidumping. En efecto, en el período bajo análisis nueve países iniciaron diecisiete investigaciones contra productos originarios de la Argentina: Brasil (2), Canadá (1), Chile (1); Estados Unidos (4), Paraguay (1), Perú (4), Tailandia (1), Uruguay (2) y Venezuela (1). Ello resultó en nueve medidas definitivas, la mayoría referida a productos siderúrgicos –ver Cuadros IV.A y B–.

Cuadro IV.A
Investigaciones iniciadas contra la Argentina
Período 01/01/1995-30/06/2003

Miembro	Cantidad de investigaciones iniciadas	Participación en el total (%)
Estados Unidos	4	23,53%
Perú	4	23,53%
Brasil	2	11,77%
Uruguay	2	11,77%
Canadá	1	5,88%
Chile	1	5,88%
Paraguay	1	5,88%
Tailandia	1	5,88%
Venezuela	1	5,88%
Total	17	100,00%

Fuente: Elaboración propia tomando como base datos estadísticos de la OMC

Cuadro IV.B
Medidas adoptadas contra la Argentina
Período 01/01/1995-30/06/2003

Miembro	Cantidad de medidas	Participación en el total (%)
Estados Unidos	5	55,56%
Brasil	1	11,11%
Chile	1	11,11%
Paraguay	1	11,11%
Tailandia	1	11,11%
Total	9	100,00%

Fuente: Elaboración propia tomando como base datos estadísticos de la OMC

V - LA FUNCIÓN DEL ANTIDUMPING EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

El silencio de las disposiciones antidumping de la OMC acerca de su motivación básica ha llevado a que se intenten dar diversas justificaciones del hecho de tener la OMC un régimen para las prácticas de dumping.

Los defensores del antidumping tradicionalmente han aducido que su función es crear un “campo de juego nivelado” para las industrias domésticas que enfrentan la competencia “desleal” de importaciones. Diversas distorsiones en los mercados extranjeros –barreras comerciales, monopolios, colusión– permiten a los productores extranjeros practicar dumping. Las firmas tienen beneficios superiores a los normales en el mercado doméstico protegido o mercado cautivo y usan esos beneficios para dar subsidios cruzados a las exportaciones a bajo precio. El antidumping, argumentan, permite neutralizar esa ventaja competitiva artificial y pone a los productores domésticos en un pie de igualdad, asegurando así un campo de juego nivelado. Sin embargo, la falta de conexión entre la metodología prevista en el Acuerdo Antidumping y la existencia de mercados cautivos o de otras distorsiones en el mercado exportador no sustenta esta explicación. Como ya se explicó, el Acuerdo Antidumping no toma en cuenta los motivos por los que se produce el dumping. De allí que la respuesta permitida por el Acuerdo Antidumping sería, por lo menos, ineficiente ya que no ataca el verdadero problema y penaliza prácticas perfectamente razonables desde el punto de vista económico.

Muchos analistas consideran que la función del antidumping es la de constituir una cláusula de escape necesaria para avanzar en el proceso de liberalización comercial. Se aduce el argumento de que la posibilidad de aplicar medidas de protección antidumping es una de las condiciones que ha permitido a los países comprometerse a adoptar medidas de apertura del mercado y que no es razonable esperar que las medidas comerciales para combatir el dumping tengan un grado de justificación, en cuanto a los efectos en materia de eficiencia y bienestar, mayor que otras medidas comerciales. Sin la “válvula de seguridad” que representan las medidas de protección antidumping, los países estarían menos dispuestos a asumir compromisos arancelarios y otros compromisos en materia de acceso a los mercados.

Es conveniente aclarar que los acuerdos de la OMC prevén una cláusula de salvaguardia en virtud de la cual un Miembro puede restringir temporariamente las importaciones a fin dar alivio a una rama de producción doméstica que, a raíz del aumento de las importaciones, sufre un daño grave o una amenaza de daño grave. Este mecanismo, contemplado en el artículo XIX del GATT de 1994 y regulado adicionalmente en el Acuerdo sobre Salvaguardias negociado en la Ronda Uruguay, más allá de obedecer a una justificación y objetivos diferentes al antidumping, tiene ciertas características que es importante destacar. En primer lugar, la salvaguardia se aplica a las importaciones de todos los orígenes, sin discriminación, siendo posible exceptuar únicamente a las importaciones procedentes de países en desarrollo en la medida en que se cumplan ciertas condiciones. En segundo lugar, el estándar de daño exigido para aplicar una medida de salvaguardia es más elevado que el requerido para un derecho antidumping. Finalmente, cabe señalar que el Miembro que adopta una medida de salvaguardia debe compensar adecuadamente a los países exportadores que se verían afectados por la medida los que podrían, bajo ciertas condiciones, aplicar medidas de retorsión.

A partir de este enfoque del antidumping como un mecanismo de “salvaguardia”, algunos autores consideran que puede estar desempeñando una función útil en el comercio internacional como un mecanismo de “interfase” para mejorar las dificultades causadas por la interdependencia entre economías con diferentes estructuras de costos.²³ Otros especialistas, apoyándose en la

23) Ver Jackson, John (1997)

expansión del uso de las medidas antidumping por parte de ciertos países que encararon procesos de liberalización comercial unilateral como parte de reformas orientadas al mercado, concluyen que el antidumping puede constituir una herramienta de política comercial que tiene una función legítima: hacer posible o sustentable la liberalización comercial unilateral.²⁴ En este sentido, se ha señalado que los beneficios del antidumping en términos de hacer posible y sustentable la liberalización comercial unilateral sobrepasan sus costos sectoriales y que esta cláusula de escape tiene la ventaja de canalizar las demandas proteccionistas de diversos sectores hacia un procedimiento técnico, alejándolas de los procesos de toma de decisión política.

El argumento de que el antidumping es una válvula de escape necesaria para continuar avanzando en la liberalización comercial es rechazado por ciertos autores que consideran que se trata lisa y llanamente de una medida proteccionista.²⁵ Se señala que en algunos sectores la elevada cuantía de los derechos antidumping crea una importante restricción a las importaciones. También se menciona una serie de factores que crean dificultades a las empresas exportadoras, en particular, cuando son empresas pequeñas y medianas. Esos factores incluyen, entre otros, los grandes costos legales, la excesiva documentación, la demora en los procedimientos y los cálculos de costos y precios sesgados.

Por otra parte, se ha observado la falta de simetría respecto a la aplicación de leyes contra prácticas desleales que tienden a darle una ventaja a los países económicamente más grandes. Ello se explica porque al permitir una respuesta unilateral, las naciones económicamente más poderosas tienen un impacto considerable sobre las más pequeñas, pero no a la inversa. Un ejemplo puede ser útil para aclarar esta idea. En el caso de Canadá, cuyas exportaciones a Estados Unidos representan un porcentaje significativo del total de sus exportaciones, un derecho antidumping aplicado por los Estados Unidos a exportaciones de un producto canadiense puede causarle un perjuicio importante. En cambio, para Estados Unidos el impacto de derechos antidumping que Canadá le pudiera aplicar sería pequeño dado que sus exportaciones a ese país no son relevantes. Esa falta de simetría sumada a la relativa libertad para aplicar los procedimientos antidumping resulta en un poder de política comercial considerable otorgado a los países comerciales más grandes.

VI - LAS NEGOCIACIONES EN LA OMC

En la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Doha, Qatar, en noviembre de 2001, se lanzaron negociaciones en materia de antidumping. Conforme a lo acordado por los Ministros, las negociaciones tendrán por objetivo aclarar y mejorar las disposiciones del Acuerdo Antidumping, preservando sus conceptos básicos, principios y efectividad y sus instrumentos y objetivos, y teniendo en cuenta las necesidades de los participantes en desarrollo. Las negociaciones, al formar parte del “compromiso único”²⁶, deberán concluir el 1 de enero de 2005. Se ha previsto una fase inicial –cuya duración no está predeterminada– durante la cual los Miembros indicarán las disposiciones que pretenden aclarar y mejorar en la fase siguiente²⁷.

La necesidad de reformar las disposiciones en materia de antidumping a fin de hacerlas más estrictas es una cuestión de alta sensibilidad política que ya había sido planteada por diversos Miembros durante el proceso preparatorio de la fracasada Conferencia Ministerial de Seattle. En

24) Ver, por ejemplo, Miranda, Torres y Ruiz (1998)

25) Ver Hindley and Messerlin (1996)

26) El principio del “compromiso único” (o “single undertaking”) se usó por primera vez en la Ronda Uruguay y significa que ninguna parte de la negociación está acordada hasta que todo está acordado. Es decir, los resultados de la negociación forman un todo único, que no puede ser dividido.

27) El párrafo 28 de la Declaración Ministerial de Doha, en su parte pertinente dice: « A la luz de la experiencia y de la creciente aplicación de estos instrumentos por los Miembros, convenimos en celebrar negociaciones encaminadas a aclarar y mejorar las disciplinas previstas en el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, preservando al mismo tiempo los conceptos y principios básicos y la eficacia de estos Acuerdos y sus instrumentos y objetivos, y teniendo en cuenta las necesidades de los participantes en desarrollo y menos adelantados. En la fase inicial de las negociaciones, los participantes indicarán las disposiciones, incluidas las disciplinas sobre prácticas que distorsionan el comercio, que pretenden aclarar y mejorar en la fase siguiente.(...)»

esa oportunidad se pudo apreciar claramente la intransigencia de los Estados Unidos a incluir el antidumping –instrumento esencial de su política comercial– en la agenda negociadora ante el riesgo de «debilitamiento» de sus leyes de defensa comercial que ello podía representar y la consiguiente exposición de las industrias americanas a la competencia extranjera “desleal” que podía entrañar.

El texto del mandato acordado en Doha refleja la búsqueda de equilibrio entre esas dos visiones extremas. Recoge la posición impulsada fundamentalmente por un grupo de 15 países desarrollados y en desarrollo, denominado Amigos del Antidumping, favorable a introducir modificaciones sustanciales al Acuerdo Antidumping para evitar que se lo use indebidamente, aunque limitando de manera potencialmente significativa la posibilidad de introducir cambios a las disposiciones al requerir la preservación de los conceptos básicos, principios y efectividad del Acuerdo.

Durante 2002 y 2003 se efectuaron importantes progresos en la identificación de las disposiciones que sería conveniente abordar en las negociaciones²⁸. Las numerosas propuestas presentadas al Grupo de Negociación sobre las Normas reflejan la división existente respecto a estas cuestiones antes de Doha²⁹.

El grupo “Amigos del Antidumping” es el principal impulsor de las negociaciones en esta materia. Está integrado por Brasil; Chile; Colombia; Corea; Costa Rica; Hong Kong, China; Israel; Japón; México; Noruega; Singapur; Suiza; Tailandia; Taipei chino y Turquía. Casi todos los integrantes del grupo se caracterizan por ser destinatarios de medidas antidumping adoptadas por otros Miembros y por hacer poco uso de esa herramienta. Cabe destacar que en el período 1/1/1995–30/6/2003 el grupo “Amigos del Antidumping” en conjunto fue objeto de 427 medidas antidumping definitivas (i.e., aproximadamente el 30% de total de medidas definitivas adoptadas en ese período), en tanto los integrantes del grupo adoptaron en total 255 medidas antidumping (i.e. 18% del total).

Para los “Amigos del Antidumping” el propósito central de la negociación es aclarar y mejorar las disciplinas a fin de: i) evitar abusos y usos incorrectos; ii) evitar una carga excesiva en las empresas demandadas; iii) aumentar la transparencia, la previsibilidad y la equidad del sistema. Consideran que el logro de estos objetivos es esencial para mantener y realizar los beneficios de la liberalización comercial alcanzados en las negociaciones comerciales pasadas, pero también es indispensable para una liberalización comercial significativa a través de las futuras negociaciones.

En concordancia con lo anterior, a través de cuatro comunicaciones presentadas al Grupo de Negociaciones sobre las Normas, los Amigos del Antidumping han identificado más de 30 disposiciones del Acuerdo Antidumping que se deberían examinar durante el proceso negociador. Las disposiciones identificadas se refieren a cuestiones clave del Acuerdo, como, por ejemplo, las siguientes: determinación de la existencia de dumping y de daño; definición de rama de la producción nacional, de producto objeto de investigación y de producto similar; iniciación y procedimiento de investigación; acumulación de importaciones; regla del derecho inferior; compromisos de precios; duración y examen de derechos antidumping y de compromisos de precios; exámenes; interés público general.

A diferencia de los “Amigos del Antidumping” que buscan modificaciones en las normas de modo de restringir el uso del antidumping, Estados Unidos trata de asegurar la preservación de su

28) Para llevar adelante el mandato sobre normas enunciado en la Declaración Ministerial de Doha el Comité de Negociaciones Comerciales creó el 1º de febrero de 2002 el Grupo de Negociación sobre las Normas. Desde su establecimiento y hasta la Conferencia Ministerial de Cancún este Grupo celebró diez reuniones –la última en julio de 2003–. La actividad se suspendió luego de Cancún, retomándose en marzo de 2004.

29) Las comunicaciones presentadas por los Miembros al Grupo de Negociación sobre las Normas están disponibles en el sitio de la OMC: <http://docsonline.wto.org>, bajo la signatura TN/RL/W*

legislación antidumping, tal como establece la autoridad de promoción comercial (TPA, en inglés) aprobada por el Congreso en agosto de 2002 luego de intensos debates. Consecuentemente, hace hincapié en la necesidad de mantener los principios fundamentales de las reglas de defensa comercial existentes y de asegurar que dichas reglas sigan siendo efectivas. Considera también que, conforme a la Declaración de Doha, un objetivo central de las negociaciones debería ser fortalecer las disciplinas sobre las prácticas que distorsionan el comercio –causantes del comercio desleal–, de modo de reducir la necesidad de recurrir a acciones de defensa comercial. Propone además continuar perfeccionando las obligaciones relacionadas con la transparencia y el debido proceso.

Finalmente, Estados Unidos estima esencial la existencia de un mecanismo de solución de diferencias que permita resolver las diferencias sin aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones de los Miembros. Esto se relaciona con la gran cantidad de fallos en contra de Estados Unidos por parte de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en disputas relativas a medidas antidumping. En el período 1995-2002 se adoptaron dieciséis informes de grupos especiales referidos a medidas antidumping, ocho de los cuales fueron contra Estados Unidos³⁰. Muchos de los fallos han sido criticados por imponer a las autoridades nacionales obligaciones no contenidas en el Acuerdo o disminuir derechos, alterando así el balance de derechos y obligaciones negociado en la Ronda Uruguay³¹.

Con respecto a la Unión Europea cabe señalar que, si bien es un importante usuario de medidas antidumping, ya desde el proceso preparatorio que desembocó en el lanzamiento de negociaciones en Doha se mostró partidaria de incluir la revisión del Acuerdo Antidumping en las negociaciones³².

En la visión europea es necesario simplificar y clarificar ciertas provisiones pero también preservar la efectividad del instrumento antidumping y sus objetivos. Ha planteado su deseo de debatir sobre la elusión, tema que considera pendiente de la Ronda Uruguay, y propuesto, entre otras cosas, la obligatoriedad de la “regla del derecho inferior”, la consideración del interés público como requisito previo a la fijación de derechos antidumping –ambas ya recogidas en su legislación interna– y el establecimiento de un mecanismo acelerado para disputas sobre el inicio de investigaciones. Con respecto a este último punto, cabe aclarar que, como se mencionó en III, actualmente no se puede proceder contra la iniciación de investigaciones antidumping ya que no está sujeta a los procedimientos de solución de diferencias de conformidad con el párrafo 4 del artículo 17 del Acuerdo Antidumping. Por lo tanto, un Miembro de la OMC debe esperar a que se impongan medidas antidumping provisionales o definitivas antes de poder iniciar procedimientos de solución de diferencias basados en una iniciación deficiente.

En síntesis, la estrategia de la UE combina un enfoque ofensivo con uno defensivo. Algunas de sus propuestas, como la obligatoriedad de la regla del derecho inferior, se refieren a cuestiones que cuentan con el apoyo de gran cantidad de Miembros pero no de los Estados Unidos; en otras –como la referida al interés público– ha mostrado un grado de ambición mayor que los Amigos del Antidumping.

Canadá, uno de los usuarios tradicionales de medidas antidumping antes de la Ronda Uruguay también favorece aclarar y reforzar las disposiciones del Acuerdo Antidumping, a fin de reducir las divergencias que se producen en su aplicación y de eliminar las disrupciones indebidas al

30) Ver UNCTAD (2003)

31) A modo de ejemplo se puede mencionar el Informe del Órgano de Apelación adoptado el 27 de enero de 2003 que condenó elementos clave de la llamada comúnmente Enmienda Byrd –Continued Dumping and Subsidy Offset Act 2000– motivó el envío de una carta al Presidente Bush por parte de 66 senadores en la que destacan que la OMC actuó más allá de su mandato al encontrar violaciones que no existen y obligaciones no negociadas.

32) Esta actitud obedecería al convencimiento de que sólo sería posible lanzar una ronda de negociaciones amplia, que abarcara diversos temas de su interés, si la agenda contemplaba debidamente los intereses de los países en desarrollo.

comercio internacional. En particular ha manifestado interés en aquellas referidas a la iniciación de una investigación, la transparencia y la equidad procesal, el cálculo de los márgenes de dumping, la determinación de daño, la aplicación de derechos antidumping, la consideración del interés público más amplio y el examen de las medidas antidumping.

De manera similar a los “Amigos del Antidumping” y como era de esperar dada su situación de principal destinatario de medidas antidumping, China (doc. TN/RL/W/66) tiene interés en prevenir el abuso de este tipo de medidas a fin de garantizar el valor de los compromisos de liberalización comercial asumidos por los Miembros. Considera que estas medidas, al usarse para minimizar la competencia que las importaciones representan para la industria doméstica y no para contrarrestar los efectos dañinos de las importaciones objeto de dumping, han erosionado las oportunidades de acceso para ciertos Miembros.

China se centra en aclarar y mejorar ciertas disposiciones claves del Acuerdo Antidumping en relación con la determinación del margen de dumping, del daño y de la relación de causalidad, con los compromisos de precios y los exámenes. También ha sugerido revocar la cláusula sobre “economías no de mercado” por considerar que no existen actualmente las circunstancias para invocarla. En este sentido, cabe aclarar que una disposición suplementaria del artículo VI del GATT de 1994 reconoce que, en el caso de importaciones procedentes de un país cuyo comercio es objeto de monopolio completo o casi completo y en el que todos los precios interiores los fija el Estado, una comparación con los precios interiores de dicho país puede no ser siempre apropiada para determinar el margen de dumping. Esa disposición ha dado lugar a que muchas legislaciones nacionales no acepten los precios o costos en economías no de mercado como una base adecuada para el cálculo del valor normal y prevean la selección de un tercer país con economía de mercado que las autoridades investigadoras consideren adecuado. Esto significa que los precios a los que el país con economía no de mercado exporta al Miembro que realiza la investigación serán comparados con precios o costos de un tercer país con economía de mercado seleccionado. Esto puede resultar en márgenes de dumping más elevados entre otras razones porque los productores/exportadores del tercer país, competidores de los productores/exportadores de la economía no de mercado, no tendrán interés en minimizar un posible margen de dumping.

Con respecto al trato especial y diferenciado, China considera que debe constituir un aspecto importante de las negociaciones dado que los países en desarrollo son los más afectados por las medidas antidumping. En ese sentido, ha efectuado diversas propuestas que serían obligatorias sólo para los países desarrollados que adoptan medidas contra productos originarios de países en desarrollo –v.gr. regla del derecho inferior; extinción automática al cabo de cinco años de las medidas antidumping–.

Finalmente, cabe señalar que sólo Egipto y Marruecos se han manifestado claramente en contra de introducir modificaciones a las disposiciones del Acuerdo Antidumping. Egipto considera que se ha perdido de vista la verdadera naturaleza de las negociaciones convenidas en Doha y que algunas propuestas van mucho más allá de la “aclaración y mejora”, constituyendo propuestas de normas más complejas que las convenidas durante la Ronda Uruguay. Estima que la mayor complejidad de las normas podría resultar negativa para los países en desarrollo que encontrarían más difícil cumplir ellas. Para Marruecos las medidas de defensa comercial constituyen una “red de seguridad” contra las irregularidades que pueden crear las prácticas comerciales desleales en el contexto de un sistema comercial liberalizado, siendo fundamentales en el caso de pequeñas economías más sensibles al perjuicio causado por esas prácticas.

Más allá de la controversia en torno a su justificación, lo cierto es que el antidumping ha estado presente en el comercio internacional desde antes del GATT. La Ronda Uruguay representó un importante avance al permitir una codificación internacional de principios, estándares, definiciones y procedimientos básicos en las cuestiones vinculadas al antidumping. Sin embargo, como se ha mostrado en el examen realizado en este trabajo, el Acuerdo Antidumping sigue dejando demasiado margen de maniobra a las autoridades investigadoras del país importador y muchas de sus disposiciones facilitan las determinaciones de la existencia de dumping.

Las medidas antidumping son imprevistas: el momento en el que se planteará un caso, los productos abarcados, los países afectados y los derechos antidumping están rodeados de incertidumbre; también, son altamente disruptivas: los derechos son a menudo tan elevados que dejan fuera del mercado a los exportadores afectados. En ese sentido, cabe señalar que el margen de dumping medio en el período 1995-1999 fue de 44,9%³³. Consecuentemente, la expansión e intensificación en el uso del antidumping ocurrida en la década de los '90 y en virtud de la cual aumentó la posibilidad de ser destinatario de este tipo de medidas representa una amenaza a la integridad del sistema comercial mundial. Esta amenaza adquiere mayor gravedad a la luz de la relación causal que para algunos autores existiría entre la liberalización del comercio y la actividad antidumping y que implicaría que el incremento de las acciones antidumping no es un fenómeno temporal sino que es muy probable que se mantenga.

Las actuales negociaciones brindan una oportunidad para corregir los problemas más graves relativos al Acuerdo Antidumping que la práctica posterior a la Ronda Uruguay ha permitido detectar. En el período transcurrido desde el inicio de las negociaciones diversos Miembros han expuesto de manera general los temas que les interesaría abordar, habiéndose mencionado los principales defectos del Acuerdo —muchos de ellos comentados en el presente trabajo—. En términos generales, puede decirse que hay dos posiciones bien definidas: aquellos Miembros que se han centrado en los problemas técnicos relacionados con las definiciones y procedimientos básicos —Amigos del Antidumping— y otros que hacen hincapié en cuestiones de procedimiento y de transparencia —Estados Unidos—.

En los próximos meses probablemente comiencen discusiones más sustantivas en relación con modificaciones concretas de ciertas disposiciones del Acuerdo Antidumping respecto a las cuales será necesario adoptar una posición definida. Ello requerirá evaluar detenidamente los pros y contra de cada cuestión. Esta tarea debería efectuarse con un enfoque amplio, tratando de balancear diversos factores.

Evidentemente el antidumping es una herramienta que es necesario preservar para dar respuesta a los productores domésticos que enfrentan la competencia de importaciones objeto de dumping, y que puede desempeñar una función muy útil en ciertas circunstancias, como lo demuestra la experiencia argentina durante el régimen de convertibilidad. A ello se debería contraponer la amenaza que la expansión y el intenso uso del antidumping representan para el acceso a mercados de las exportaciones argentinas. Mejorar el acceso a mercados de las exportaciones es uno de los objetivos centrales de la política comercial de nuestro país que demanda ingentes esfuerzos y tiempo. Las medidas antidumping pueden anular muchos de los beneficios obtenidos gracias a la reducción de aranceles y a la eliminación de cuotas y de licencias de importación.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que cuanto más complejas sean las normas del Acuerdo Antidumping —de por sí bastante complejas, como ha quedado en evidencia— más difícil les

33) documento TN/RL/W/63 —ver nota 28—

resultará a las autoridades investigadoras cumplirlas, principalmente en el caso de los países en desarrollo como la Argentina con serias limitaciones de recursos humanos y económicos, aumentando la posibilidad de verse envuelto en casos de solución de controversias. A ello hay que agregar que mayor complejidad no implica necesariamente menor discrecionalidad. De allí que tal vez convenga concentrarse en aquellas disposiciones que juegan un papel central en el procedimiento antidumping y cuya modificación puede realmente tener una repercusión importante –como la exclusión de ventas a precios inferiores al costo o la evaluación acumulativa del daño–, dejando de lado cuestiones de alta complejidad técnica –como la reconstrucción de costos– que difícilmente puedan mejorarse sustancialmente.

Finalmente, es necesario evitar la introducción de disposiciones cuya aplicación implique nuevos elementos de discrecionalidad para las autoridades investigadoras. Como se ha explicado en el presente documento, ciertos cambios sugeridos tales como la obligatoriedad de la regla del derecho inferior o de la consideración del interés público, si bien parecen ir en la dirección de limitar el antidumping, pueden plantear problemas metodológicos para su aplicación.

Referencias bibliográficas

Esserman, Susan and Howse, Robert, *The WTO on Trial*, *Foreign Affairs*, January/February 2003 (págs. 130-140).

Hindley, Brian and Messerlin, Patrick A., *Antidumping Industrial Policy: Legalized Protection in the WTO and What to do about it*, The American Enterprise Institute Press, Washington, D.C., 1996.

Jackson, John, *The World Trading System - Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1997 (2nd. Edition).

Krugman, Paul R., and Obstfeld, Maurice, *International Economics - Theory and Policy*, Addison-Wesley, Massachusetts, 1996 (4a. edición).

Lindsey, Brink and Ikenson, Dan, *Coming Home to Roost-Proliferating Antidumping Laws and the Growing Threat to U.S. Exports*, CATO Institute Trade Policy Analysis No. 14, July 30, 2001.

Lindsey, Brink and Ikenson, Dan, *Reforming the Antidumping Agreement - A Road Map for WTO Negotiations*, CATO Institute Trade Policy Analysis No. 21, December 11, 2002.

Marceau, Gabrielle, *Anti-dumping and Anti-trust issues in free trade areas*, Clarendon Press Oxford, New York, 1994.

Miranda, Jorge, Torres, Raúl A. y Ruiz, Mario, *The International Use of Antidumping: 1987-1997*, *Journal of World Trade* 32(5), págs. 5-71, 1998.

UNCTAD, *Negociaciones antidumping y establecimiento de prioridades entre cuestiones de aplicación pendientes con posterioridad a Doha: primer examen a la luz de la práctica reciente y de la jurisprudencia basada en el ESD*, Ginebra, mayo de 2002.

UNCTAD, *Course on dispute settlement - World Trade Organization - 3.6 Anti-dumping Measures*, Geneva, 2003.

Vermulst, Edwin, Preocupaciones de los países en desarrollo en material de dumping y de subvenciones en la Ronda del Milenio: temas decisivos de reforma. En: UNCTAD, *Un programa de trabajos positivos para los países en desarrollo: temas de las futuras negociaciones comerciales*, UNCTAD, Ginebra, 2000.

EL MEDIO AMBIENTE Y LA OMC:
LA RELACIÓN ENTRE LOS ACUERDOS MULTILATERALES
SOBRE MEDIO AMBIENTE
Y EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

Inés Gabriela Fastame

INDICE

I - INTRODUCCIÓN	61
II - AMUMAS -OMC: POSIBLES CAUSAS Y SITUACIONES DE CONFLICTO	62
III - EL MANDATO DE DOHA	65
III.1 - PÁRRAFO 31 I	65
III.2 - PÁRRAFO 31 II	67
III.3 - PÁRRAFO 31 III	68
III.4 - PÁRRAFO 32	68
III.5. PÁRRAFO 33	68
IV - LA OMC, LOS AMUMAS Y EL ARTÍCULO XX DEL GATT	69
V - LAS CONTROVERSIAS MEDIOAMBIENTALES FRENTE AL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC	71
VI - EL PANORAMA DESPUÉS DE CANCÚN	74
VII - REFLEXIONES FINALES	75
ANEXO 1: PROGRAMA DE TRABAJO DEL COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE (CCMA)	77
ANEXO 2: PÁRRAFOS DE LA DECLARACIÓN DE DOHA RELACIONADOS CON EL COMERCIO Y EL MEDIO AMBIENTE	78
ANEXO 3: CASOS SELECCIONADOS	80
A - ESTADOS UNIDOS - GASOLINA (1996)	80
B - ESTADOS UNIDOS - CAMARONES (1997-1998)	81
C - ESTADOS UNIDOS - CAMARONES (ARTÍCULO 21.5) (2001)	82
ANEXO 4: ARTÍCULO XX DEL GATT	85
ANEXO 5: ARTÍCULOS RELEVANTES DEL ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO (OTC)	86
ANEXO 6: ARTÍCULOS RELEVANTES DEL ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS (SPS)	88

EL MEDIO AMBIENTE Y LA OMC: LA RELACIÓN ENTRE LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE MEDIO AMBIENTE Y EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

Inés Gabriela Fastame (*)

* Funcionario del Servicio Exterior de la Nación

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores y no comprometen a las instituciones en las cuales se desempeñan.

RESUMEN

▣ Las relaciones entre el comercio y el medio ambiente no constituyen en modo alguno un problema nuevo. Las cuestiones ambientales fueron asumidas en el GATT/OMC como consecuencia de numerosos desarrollos a nivel internacional en foros sobre comercio y medio ambiente. La complejidad y el carácter controvertido del tema comercio y medio ambiente han quedado de manifiesto en la negociación de la Declaración Ministerial de Doha de noviembre de 2001.

▣ La Declaración de Doha introduce un cambio cualitativo en la función del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial del Comercio, que ya no sólo actuará como foro de debate con un programa de trabajo determinado sino que deberá negociar sobre temas específicos. Así, se establece un mandato de negociación a efectos de examinar las relaciones existentes entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas contenidas en los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente.

▣ La aceptación de una interpretación amplia del mandato de negociación establecido en el párrafo 31 i) de Doha, propuesta por algunos miembros de la OMC, podría llevar a que las medidas comerciales adoptadas en base a un acuerdo ambiental sean exceptuadas de las obligaciones de la OMC. Otros países ofrecen una interpretación estricta del mandato de negociación ya que perciben que la inclusión del tema medio ambiente en el mandato de Doha podría ser utilizado con fines proteccionistas para debilitar o licuar los avances que se obtengan en otros ámbitos, como por ejemplo la negociación agrícola.

▣ Este trabajo tiene como objetivo plantear la relación entre los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMAS) y las normas de la OMC, dar un panorama general de las controversias medio ambientales en el ámbito del GATT/OMC y analizar las posiciones de algunos miembros con relación al debate sobre los AMUMAS y la OMC.

I - INTRODUCCIÓN

Los debates internacionales sobre comercio y medio ambiente se remontan a la década del '70. La creciente preocupación internacional sobre las repercusiones del crecimiento económico sobre el medio ambiente motivó la celebración de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, que tuvo lugar en Estocolmo en 1972. En noviembre de 1971 el Consejo de Representantes del GATT creó un Grupo de las Medidas Ambientales y el Comercio Internacional (Grupo MACI). Sin embargo, este grupo se reunió por primera vez veinte años después, en 1991. En el interín, las políticas ambientales comenzaron a tener crecientes efectos sobre el comercio y, como contrapartida, con el aumento de los flujos comerciales también aumentaron los efectos del comercio sobre el medio ambiente.

Con el tiempo se ha redefinido el contexto del debate sobre comercio y medio ambiente. La elaboración del concepto de desarrollo sustentable demostró la conveniencia de examinar las relaciones entre el comercio y el medio ambiente en el GATT/OMC. En este sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, señaló que el crecimiento económico ha de desempeñar una importante función positiva en el logro del desarrollo sustentable. También reconoció la vinculación entre el crecimiento

económico y el desarrollo sustentable y la transferencia de tecnologías y los mercados abiertos, que permiten a los países obtener recursos adicionales para mejorar el medio ambiente. La idea central es que lo decisivo para un crecimiento sustentable es la calidad del crecimiento económico y no necesariamente su reducción cuantitativa.

En la Ronda Uruguay las cuestiones ambientales relacionadas con el comercio no se habían incluido en las negociaciones como tema independiente. A pesar de ello, aspectos ambientales se trataron en los Acuerdos de la OMC. Así, el preámbulo del Acuerdo de Marrakech se refiere al desarrollo sustentable y a la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente. Asimismo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias contienen disposiciones relacionadas con el medio ambiente. El preámbulo del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) menciona la protección del medio ambiente. Asimismo, el Acuerdo sobre Agricultura establece que los pagos realizados con arreglo a programas ambientales quedan exentos de los compromisos de reducir la ayuda interna a la producción agrícola siempre que cumplan con ciertas condiciones.

El Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) fue establecido por el Consejo General de la OMC en enero de 1995. Su mandato figura en la Decisión Ministerial de Marrakech sobre Comercio y Medio Ambiente, del 15 de abril de 1994. Este Comité fue creado con un amplio ámbito de competencia abarcando las diversas esferas del sistema multilateral de comercio: los bienes, los servicios y la propiedad intelectual. La decisión le asignó el mandato de establecer las relaciones existentes entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover el desarrollo sustentable, y hacer recomendaciones sobre si son necesarias las modificaciones de normas de la OMC. El Comité ha organizado sus trabajos en torno a los diez puntos que se enumeran en la Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente (anexo 1).

La Declaración Ministerial de Doha (noviembre de 2001) introduce un cambio cualitativo en la función del Comité de Comercio y Medio Ambiente, que ya no sólo actuará como foro de debate con un programa de trabajo determinado sino que deberá negociar sobre temas específicos. Así, se establece un mandato de negociación a efectos de examinar las relaciones existentes entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas contenidas en los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente.

Este trabajo tiene como objetivo plantear la relación entre los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) y las normas de la OMC, dar un panorama general de las controversias medio ambientales en el ámbito del GATT/OMC y analizar las posiciones de algunos miembros en relación a las discusiones sobre los AMUMAS y la OMC.

II - AMUMAS-OMC: POSIBLES CAUSAS Y SITUACIONES DE CONFLICTO

La relación entre los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMAS) y la OMC se debe esencialmente a la inclusión de medidas comerciales en algunos AMUMAS. Ciertamente, la OMC no es un organismo de protección ambiental. Su competencia en el ámbito de comercio y medio ambiente está claramente definida en el Programa de Trabajo del CCMA (Anexo 1) y atañe a las políticas comerciales y a los aspectos de las políticas ambientales relacionados con el comercio que puedan afectar comercialmente a sus miembros.

Ahora bien, ¿por qué hay AMUMAS que incluyen medidas comerciales? Las razones pueden ser muy variadas; entre ellas podemos mencionar: impedir la transferencia de productos o prácticas perjudiciales al medio ambiente, impedir que los Estados que no son parte obtengan ventajas comerciales, evitar que se eludan las medidas aplicadas por las partes, garantizar la aplicación de iguales normas ambientales, etc.

Las medidas comerciales incluidas en los AMUMA pueden ser directas o indirectas. Las directas implican restricciones a la importación o a la exportación. Las indirectas comprenden una gama muy amplia: etiquetado, embalaje, tasas o aranceles aduaneros superiores para los bienes que no cumplen con el objetivo ambiental que protege el AMUMA, etc.

También cabría preguntarse, ¿son las medidas comerciales restrictivas los instrumentos más eficaces para el manejo de las preocupaciones ambientales? Creemos que las restricciones al comercio no representan la mejor opción disponible para solucionar un problema ambiental. Probablemente, tampoco sean el medio más eficaz. Otras medidas, por ejemplo financieras, de transferencia de tecnología, de asistencia técnica y de creación de capacidad son cruciales para la aplicación de un AMUMA. Sin embargo, en casos excepcionales las medidas comerciales estipuladas en virtud de un AMUMA pueden ser necesarias para lograr cumplir determinados objetivos medioambientales. Tal es el caso de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), conforme a la cual el comercio de ciertas especies amenazadas de extinción que se ven o pueden verse afectadas por el comercio (enumeradas en el Apéndice I de CITES) sólo está autorizado en casos excepcionales y el comercio de otras especies susceptibles de extinguirse si su comercio no se somete a una reglamentación estricta que evite una utilización incompatible con su supervivencia (enumeradas en el Apéndice II) precisa de un permiso de exportación o de un certificado de reexportación.

Ahora bien, ¿puede surgir un conflicto entre las normas de la OMC y las medidas comerciales de los AMUMAS? Si esto ocurre, ¿bajo qué órgano de solución de diferencias debe presentarse el caso? Las controversias podrían darse entre dos Estados parte de un AMUMA y a la vez miembros de la OMC. En este caso podría aplicarse tanto el sistema de solución de controversias de la OMC como el previsto en el AMUMA. Pero también podría ocurrir un conflicto entre un Estado parte de un AMUMA y otro no parte, ambos miembros de la OMC; en este caso se podría aplicar el sistema de solución de controversias de la OMC.

¿Cuáles podrían ser las causas de los posibles conflictos entre los AMUMAS y la OMC? Podría haber conflicto entre un AMUMA y la OMC si la aplicación de una medida comercial establecida en virtud de un AMUMA restringe el comercio internacional de un determinado producto de manera inconsistente con los principios y/o normas de la OMC. Por ejemplo, podría darse el caso que esa medida pueda justificarse por los apartados b) o g) del artículo XX del GATT (Anexo 4) pero que no cumpla con los requisitos del *chapeau* de dicho artículo (si se aplica de manera de constituir una discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional). O por el contrario, podría ocurrir que esa medida ni siquiera pueda justificarse por los apartados b) o g) del artículo XX del GATT. (Recordemos que en los apartados b) y g) del Artículo XX del GATT sobre excepciones generales se hace referencia a cuestiones relacionadas con el medio ambiente. En efecto, el apartado b) se refiere a medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales mientras que el párrafo g) se refiere a medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables).

¿Qué principios/normas de la OMC podrían entrar en conflicto con una medida comercial aplicada como consecuencia de un AMUMA? Algunos ejemplos son los siguientes:

Podría suceder que una medida comercial aplicada en virtud de un AMUMA no sea consistente con el principio de no discriminación del GATT/OMC (artículo I - nación más favorecida- y/o artículo III - trato nacional- del GATT 94), que rige las normas de la OMC. Habría que analizar entonces si la medida se justifica al amparo de las excepciones del artículo XX y si se aplica de manera de cumplir con los requisitos del *chapeau*.

Una medida aplicada en razón de un AMUMA podría ser inconsistente con el artículo XI del GATT (eliminación de restricciones cuantitativas). Este artículo ha sido invocado en diversas controversias medio ambientales (por ejemplo, EE.UU.- Camarones, EE.UU.- atún del Canadá, Canadá - salmón y arenque, Tailandia - cigarrillos, EE.UU.- atún México, EE.UU.- atún (C.E.E.), Comunidades Europeas - amianto). Nuevamente, habría que analizar si la aplicación de la medida se justifica al amparo del artículo XX.

Las normas de la OMC incumplidas en virtud de la aplicación de una medida comercial estipulada en un AMUMA podrían ser los artículos 2.2 y 5.7 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS, Anexo 6). Habiendo identificado la norma de la OMC incumplida, habría que analizar si la aplicación de la medida se justifica al amparo del artículo XX.

Las normas de la OMC incumplidas en virtud de la aplicación de una medida comercial estipulada en un AMUMA podrían ser los artículos 2.1, 2.2, 5.1 y 5.2 del Acuerdo OTC (Anexo 5). Habiendo identificado la norma de la OMC incumplida, habría que analizar si la aplicación de la medida se justifica al amparo del artículo XX.

Algunos posibles ejemplos de controversias medioambientales como consecuencia de medidas comerciales establecidas por un AMUMA son los siguientes:

- ▣ Una medida que restrinja el comercio de organismos genéticamente modificados (OGMs), prevista en un AMUMA, podría ser objeto de cuestionamiento por parte del país que sufra la medida. El conflicto podría quedar sujeto a la decisión del Grupo Especial, que podría determinar si la norma es o no inconsistente con el principio de no discriminación y eventualmente con los artículos 2.2 y 5.7 del SPS. En caso de serlo se debería determinar si se puede justificar a través del artículo XX.
- ▣ Un AMUMA que autorice el comercio de un producto específico entre sus partes pero lo prohíba con países que no sean parte de él. Se podría alegar inconsistencia con el principio de no discriminación. Habría que determinar si la medida se justifica al amparo del artículo XX.
- ▣ Un AMUMA podría prever con fines de conservación de determinadas especies que sólo puedan exportar a las partes productos y subproductos de esas especies los países que empleen determinados dispositivos en la pesca. Se podría alegar inconsistencia con el principio de no discriminación. Nuevamente, habría que determinar si la medida se justifica al amparo del artículo XX.
- ▣ Un AMUMA que establezca medidas que restrinjan la exportación a las partes de determinadas especies ictícolas como consecuencia de un sistema de gestión de recursos pesqueros destinado a la preservación de bancos pesqueros. Los países que sufran tales medidas podrían alegar que son incompatibles con el artículo XI del GATT y que no podrían justificarse en virtud del apartado g) del artículo XX. El caso podría quedar en manos del sistema de solución del controversias de la OMC.

- ▣ Supongamos que existe un AMUMA que prohíbe expresamente la producción y la importación de la sustancia X debido a sus efectos nocivos en el medio ambiente en general. Los países que sufran la medida podrían alegar que es incompatible con el artículo XI del GATT y que no podría justificarse en virtud del apartado b) del artículo XX.

III - EL MANDATO DE DOHA

La complejidad y el carácter controvertido del tema comercio y medio ambiente ha quedado de manifiesto en la negociación de la Declaración de Doha. Nuestro país junto con otros países agro-exportadores incluidos los EE.UU. perciben que la inclusión del tema medio ambiente en el mandato de Doha podría ser utilizado con fines proteccionistas para debilitar o licuar los avances que se obtengan en otros ámbitos como la negociación agrícola. Algunos miembros proteccionistas suelen incluir cuestiones medioambientales para justificar posturas contrarias a las “reformas sustanciales y progresivas” que llama a realizar el artículo 20 del Acuerdo sobre Agricultura. Un ejemplo es el enfoque de la multifuncionalidad apoyado por los europeos, que pretende defender los altos niveles de ayuda y protección con el argumento de que la producción agrícola comprende inseparablemente algunos importantes beneficios no comerciales, tales como la preservación del medio ambiente y de los estilos de vida rurales.

En los párrafos 31-33 de Doha (Anexo 2) se aborda específicamente la relación entre comercio y medio ambiente. El mandato de Doha en su párrafo 31 introduce un cambio cualitativo en la función del Comité de Comercio y Medio Ambiente. Se establece a partir de Doha un área de negociación y un área de trabajo.

El párrafo 31 establece los temas que serán objeto de negociación, que se tratarán en las reuniones del CCMA en Sesión Extraordinaria. En este trabajo nos centraremos en este párrafo. Algunos miembros proteccionistas lograron la inclusión en el mandato de Doha de la cuestión de la relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas contenidas en los AMUMA. Así, el párrafo 31 i) establece un mandato de negociación a efectos de examinar esta relación.

Si bien el análisis de la relación entre las disposiciones de la OMC y los AMUMA ya estaba previsto en el mandato del Comité de Comercio y Medio Ambiente (punto 1 del programa de trabajo del CCMA), se hacía en un contexto de debate y no con miras a una negociación. Como resultado de la difícil negociación que dio lugar al mandato de Doha se establecieron las siguientes limitaciones: primero, sólo se examinará la relación entre las obligaciones comerciales específicas de los AMUMA con las normas de la OMC vigentes, y segundo, el resultado de la negociación sólo puede ser aplicable a los miembros de la OMC que sean parte de los AMUMA. Así, estas dos limitaciones circunscriben la materia objeto de la negociación y el ámbito de la misma.

III.1 - PÁRRAFO 31i

Consideramos apropiado adentrarnos ahora, aunque sea de manera somera, en las posiciones que algunos miembros de la OMC esgrimieron en relación al párrafo 31 i).

En el 2002 la Unión Europea (UE) circuló un documento [número 20 en las referencias bibliográficas] que hace una interpretación amplia del mandato establecido en Doha. Creemos que su aceptación podría llevar a que las medidas comerciales adoptadas en base a un acuerdo ambiental sean exceptuadas de las obligaciones de la OMC. La UE identificó cuatro categorías de

medidas resultantes de obligaciones comerciales: Primero, Medidas comerciales estipuladas explícitamente por el AMUMA y que son obligatorias en virtud de ese AMUMA. Segundo, medidas comerciales no estipuladas explícitamente por el AMUMA y que, sin ser obligatorias en virtud de ese AMUMA en sí, son consecuencia de la obligación de resultado como consecuencia de la presencia en el AMUMA de una enumeración de políticas y medidas potenciales que las partes pueden aplicar para cumplir sus obligaciones. Tercero, medidas comerciales no precisadas por el AMUMA, que sólo contiene una obligación de resultado pero que las partes pueden decidir aplicar para cumplir con sus obligaciones. A diferencia de la categoría anterior, estos AMUMAS no enumeran políticas y medidas potenciales, por lo tanto, los países tienen mayor margen en relación al tipo de medidas que puedan decidir aplicar para alcanzar los objetivos del AMUMA. Finalmente, medidas comerciales no prescritas por el AMUMA pero que las partes pueden decidir aplicar si en éste figura una disposición general según la cual las partes quedan autorizadas a adoptar medidas estrictas de conformidad con el derecho internacional.

Como respuesta a este documento de la UE la Argentina presentó una comunicación [22] que ofrece una interpretación estricta del mandato de negociación establecido en el párrafo 31(i) de la Declaración de Doha, y analiza el impacto del mandato sobre los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC. Claramente, la citada comunicación, a través de una interpretación estricta y literal del párrafo 31(i) de la Declaración de Doha, circunscribe la materia objeto de la negociación y plantea interrogantes sobre la viabilidad de tal negociación sin alterar principios fundamentales del sistema multilateral de comercio en caso de que se adopte una normativa para cumplir las obligaciones comerciales específicas potencialmente incompatibles con la OMC. El documento de la Argentina explica el significado de la frase “obligaciones comerciales específicas” :

66

- *obligación*: una disposición que prescriba “la exigibilidad de una conducta de acción u omisión impuesta por una norma de derecho.
- *comercial*: es decir que esa conducta se encuentre relacionada con una operación de exportación o importación;
- *específica*: es decir, que esa obligación tenga una característica singular que las distinga del género. Dicha requisito permite incluir en esta categoría exclusivamente a aquellas obligaciones que han sido expresamente identificadas como mandatorias en el marco de un AMUMA”.

Por consiguiente, se excluyen las medidas comerciales no obligatorias, las obligaciones no comerciales así como las obligaciones comerciales no específicas que contenga un AMUMA. Quedan excluidas las obligaciones de resultado.

Los Estados Unidos (EE.UU.) coinciden con la Argentina en la interpretación restringida del mandato de Doha. En febrero de 2003 circularon un documento [36] en el que señalan que una obligación comercial específica debe ser una medida obligatoria y no simplemente estar permitida o autorizada en virtud de cierta disposición incluida en un AMUMA. Además, consideran que una obligación comercial específica debe «constar» en un AMUMA. Finalmente, concluyen que incluiría únicamente las disposiciones en las que las partes en un AMUMA acordaran asumir obligaciones comerciales mutuas. No incluiría obligaciones que requieren que las partes adopten determinadas medidas comerciales en relación con los países que no son partes.

México, Chile, India, Cuba y Corea entre otros tienen también una visión estricta y restringida del significado de la frase «obligaciones comerciales específicas», similar al de la Argentina y los EE.UU. Suiza, en cambio, tiene una visión amplia del mandato de Doha, en sintonía con la UE

Dejando a un costado el debate anteriormente citado, Australia presentó un papel [25] apoyado por la Argentina, donde plantea un procedimiento en tres fases: a) la identificación de las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMAS y las normas de la OMC que serán pertinentes a esas obligaciones; b) identificar los problemas concretos en la implementación de las obligaciones comerciales específicas; y c) analizar las fases a) y b) y concentrarse en los resultados de las negociaciones.

El alcance de las negociaciones estará determinado en gran medida por la interpretación que se adopte finalmente sobre la cuestión de qué significa una obligación comercial específica. Consideramos que la interpretación restringida del Mandato de Doha es la que más se ajusta al verdadero significado de la frase en cuestión. Por otro lado, al limitar el alcance de la negociación disminuye el espectro de medidas comerciales adoptadas en base a un AMUMA que pudieran eventualmente ser exceptuadas de las obligaciones de la OMC. Por ejemplo, no incluiría obligaciones de resultado.

III.2 - PÁRRAFO 31ii

El párrafo 31 ii) del mandato de Doha está en sintonía con el consenso alcanzado en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, que tuvo lugar en Johannesburgo del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, sobre la necesidad de fomentar el apoyo mutuo, compatible con los objetivos de desarrollo sostenible entre el sistema multilateral de comercio y los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente. El mandato de Doha instruye a los miembros de la OMC a negociar los procedimientos de intercambio de información entre las secretarías de los AMUMA y los órganos pertinentes de la OMC y los criterios para conceder la condición de observador.

La Argentina propone que los criterios a tener en cuenta para conceder la condición de observador en el CCMA a secretarías de los AMUMA deberían ser los siguientes: Primero, los AMUMA involucrados deberían tener como objetivo principal la protección del medio ambiente o la protección de los recursos naturales. Segundo, deberían ser acuerdos multilaterales abiertos en vigor. Tercero, los acuerdos deberían haberse celebrado bajo la égida de las Naciones Unidas. Finalmente, los AMUMA deberían tener normas con impacto comercial.

La Unión Europea circuló un documento [32] sobre este tema en el que propone que a todos los AMUMA «centrales» que han participado en las anteriores reuniones de información debe concedérseles la condición de observador en el CCMA, tanto en las reuniones ordinarias como en las extraordinarias. Esto representaría alrededor de 13 AMUMA. Según la UE, todos estos AMUMA tienen un componente comercial y «competencia» e «interés directo» en asuntos de política comercial. En relación a las solicitudes de otros AMUMA de la condición de observador en el CCMA o las solicitudes de los AMUMA centrales de la condición de observador en otros comités de la OMC, la UE propone también que exista una fuerte presunción favorable a concederla.

En síntesis, la Argentina propone criterios más estrictos para conceder la condición de observador. Ello está en consonancia con la posición que los respectivos países tienen en relación al tema de comercio y medio ambiente.

En la actualidad además del PNUMA algunas secretarías de los AMUMA ya tienen la condición de observador en el CCMA (Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, y la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico). A su vez el Comité en la Sesión Extraordinaria que tuvo lugar los días 12 y 13

de febrero de 2003 acordó invitar a su próxima reunión de manera “ad hoc” al PNUMA y a los siguientes AMUMA: Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, la Organización Internacional de las Maderas Tropicales y la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

III.3 - PÁRRAFO 31iii

El párrafo 31 iii) contiene instrucciones para negociar la reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios a los bienes y servicios ecológicos. En cuanto a la clasificación de bienes ecológicos, cabría tener presente que la posición de la Argentina es similar a la de los EE.UU. Si bien el término bienes ecológicos carece de una definición universalmente aceptada, nuestro país considera que el proceso de clasificación debería centrarse en el uso final (es decir bienes que son utilizados para limpiar el medio ambiente y para contener o prevenir la contaminación). La Unión Europea en cambio considera que los productos podrían ser clasificados como bienes ecológicos sobre la base de sus procesos y métodos de producción.

III.4 - PÁRRAFO 32

68

El párrafo 32 de la Declaración de Doha identifica los temas específicos a los que el CCMA debe prestar especial atención al seguir la labor relacionada con la agenda de temas incluida en su mandato, incluyendo la identificación de cualquier necesidad de aclarar las normas pertinentes de la OMC. El CCMA deberá centrarse en el punto 3 (en particular el etiquetado con fines medioambientales), el punto 6 (El efecto de las medidas ambientales en el acceso a los mercados, especialmente en lo relativo a los países en desarrollo, en particular los menos adelantados, y los beneficios resultantes para el medio ambiente de la eliminación de las restricciones y distorsiones del comercio) y el punto 8 (Las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio). El Comité presentará un informe al quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial y formulará recomendaciones, según proceda, con respecto a la acción futura, incluida la conveniencia de celebrar negociaciones.

Es interesante la inclusión en el párrafo 32 de que los resultados de la tarea encomendada en el párrafo 32 y las negociaciones llevadas a cabo de conformidad con los apartados i) y ii) del párrafo 31 no aumentarán ni disminuirán los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los Acuerdos vigentes de la OMC. Asimismo, se hace una referencia explícita al acuerdo SPS, ya que los miembros querían asegurarse que ningún AMUMA debilite este acuerdo.

III.5. PÁRRAFO 33

En cuanto a la creación de capacidad en el área de comercio y medio ambiente (párrafo 33), la Declaración de Doha reconoce la importancia de la creación de capacidad en este campo. Consideramos que la realización de talleres sobre creación de capacidad (como los realizados por el PNUMA) favorecen la participación de los PED y generan una oportunidad de diálogo entre representantes de distintos países favoreciendo el intercambio de información. Sería conveniente que los mismos se institucionalizaran y se realizaran con mayor frecuencia.

IV - LA OMC, LOS AMUMAS Y EL ARTÍCULO XX DEL GATT

El objeto de este apartado consiste, esencialmente, en presentar un cuadro de situación que nos permita ver de un modo más claro las distintas posiciones enunciadas por algunos de los miembros en referencia a la relación entre las normas del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre medio ambiente.

La Unión Europea ha planteado la necesidad de realizar una enmienda al artículo XX del GATT para justificar las medidas comerciales adoptadas en virtud de los AMUMA [21]. La propuesta de la UE incluye dos opciones. La primera es que las medidas adoptadas en aplicación de disposiciones específicas de los AMUMA queden incluidas en el artículo XX del GATT (propone añadir un nuevo párrafo k). La segunda consiste en introducir una referencia no sólo a esas medidas sino en términos más generales a las requeridas para proteger el medio ambiente (modificación del apartado b). En ambas opciones se sugiere la elaboración de un Entendimiento en el marco de las disposiciones del artículo XX del GATT de manera que, en caso de que se impugne en la OMC una medida adoptada en aplicación de un AMUMA, y a reserva de que se cumplan determinados criterios de procedimiento, el panel examinará si la medida se ha aplicado de conformidad con lo prescrito en el *chapeau* del artículo XX y no considerará su necesidad. La Unión Europea también ha propuesto la inversión de la carga de la prueba en relación con el artículo XX del GATT para justificar las medidas comerciales impuestas específicamente por los AMUMA. Según esta propuesta el país que impugne una medida adoptada por un interlocutor comercial tendría que probar que dicha medida no se ajusta a lo dispuesto por el artículo XX. La UE considera que la OMC, los AMUMA y el PNUMA podrían elaborar conjuntamente un código de buena conducta en la aplicación de las medidas comerciales previstas en los AMUMA, lo que contribuiría a establecer una relación de mutuo apoyo entre los AMUMA y la OMC y a evitar posibles conflictos.

Nos parece que la propuesta de la UE de abrir el GATT en su artículo XX llevaría a debilitar la normativa OMC. Asimismo, el hecho de que la UE proponga que no se requiera probar la necesidad de una medida aplicada en virtud de un AMUMA va en la línea de facilitar que este tipo de medidas estén exceptuadas de la normativa del sistema multilateral de comercio. Por otro lado, en el análisis de esta propuesta no pasa inadvertido el tema de la inversión de la carga de la prueba. En el caso EE.UU.- gasolina, el Órgano de Apelación concluyó que la carga de demostrar que una medida se ajusta a los requisitos del preámbulo del artículo XX incumbe a la parte demandada. Así, la parte que invoca una excepción al amparo del artículo XX debe probar que la medida incompatible con algún principio/norma de la OMC cae en el ámbito de una excepción y que se ajusta a lo dispuesto en el preámbulo de dicho artículo. La inversión de la carga de la prueba propuesta por la UE favorece a quienes quieran amparar medidas comerciales inconsistentes con la OMC en las excepciones del artículo XX. Así, ni siquiera tendrán que probar que tales medidas cumplen con los requisitos para ampararse en las excepciones que prevé este artículo. Por el contrario, será el demandante quien deba probar que esa medida no se ajusta a las excepciones del artículo XX.

Desde otra vereda, los EE.UU. y algunos países en desarrollo, incluida la Argentina, consideran que no son necesarios cambios en el artículo XX ya que las excepciones de los apartados b) (medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales) y g) (medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables), cubren suficientemente el ámbito para tratar controversias.

En nuestra opinión, una enmienda del artículo XX es poco probable ya que difícilmente se alcance el consenso necesario para lograrlo. Por otro lado, abrir el GATT sería riesgoso y además

poco conveniente. El artículo XX , por medio del *chapeau*, limita el alcance de las excepciones para que una medida pueda ampararse en él para incumplir las normas de la OMC. A su vez, las excepciones fueron cuidadosamente seleccionadas. No nos parece apropiado agregar apartados a este artículo ni modificarlo.

Una posición intermedia ha sido la de Canadá, que planteó un enfoque flexible. Así, este país propuso la elaboración de una propuesta de principios y criterios que sirvan de guía a los grupos especiales de la OMC para evaluar las medidas comerciales previstas en los AMUMA, y criterios para ayudar a los negociadores de AMUMA a estudiar la utilización de las medidas comerciales previstas en los AMUMA

Por otro lado, ASEAN ha propuesto la concesión de exenciones plurianuales sujetas a un plazo, renovables. Es decir, permitiría incluir, luego de un estudio caso por caso, las medidas comerciales específicas en el marco de los AMUMA entre las circunstancias excepcionales que pueden invocarse para solicitar una exención plurianual. La propuesta incluye la elaboración de directrices no vinculantes que podrían determinar los criterios según los cuales se analizarían las solicitudes de exención. Una medida comercial adoptada en aplicación de una exención podría impugnarse en la OMC. No nos parece adecuado incluir las medidas comerciales específicas de los AMUMA entre las circunstancias a invocar para solicitar una excepción plurianual.

Nueva Zelandia propuso la elaboración de un Entendimiento aplicable a todos los Acuerdos de la OMC sobre el trato diferenciado de las medidas comerciales adoptadas en cumplimiento de un AMUMA, en función de que se apliquen entre partes en el acuerdo o contra países que no son partes, y de que estén específicamente prescritas por un AMUMA. Los criterios de procedimiento asegurarían que las medidas que haya que compaginar se adopten en el contexto de acuerdos de cooperación internacionales. Los criterios sustantivos asegurarían que las medidas comerciales adoptadas para fines ambientales no distorsionen innecesariamente el sistema multilateral de comercio. Este país también sugirió la creación de un mecanismo consultivo voluntario con los países a los que se van a aplicar medidas comerciales con el objetivo de reducir al mínimo el conflicto entre las partes en lo que respecta a las políticas comerciales y ambientales, al tiempo que evitará unos resultados ambientales y económicos poco eficientes. Según esta propuesta, los Miembros de la OMC deberían considerar la inclusión de mecanismos consultivos voluntarios en los nuevos AMUMA y la posibilidad de utilizarlos antes de aplicar medidas comerciales en el marco de los acuerdos existentes.

A su vez, Suiza circuló un documento [34] en noviembre de 2002 en el que opina que una decisión interpretativa podría indicar claramente que las relaciones entre el sistema comercial y el sistema de protección del medio ambiente se rigen por los principios generales de no jerarquización, apoyo mutuo y deferencia. Suiza está convencida de que, por el momento, la adopción de una decisión interpretativa es la única solución posible. Japón apoyó este enfoque. Suiza apoya el *principio de presunción de conformidad con las disposiciones de la OMC* que da por supuesto que las medidas relacionadas con el comercio previstas en un AMUMA son necesarias para proteger el medio ambiente. En este sentido, Suiza apoya la visión de Japón, que considera que las obligaciones comerciales obligatorias y establecidas explícitamente en un AMUMA pueden considerarse compatibles con las normas de la OMC para las partes en ese acuerdo. En una comunicación anterior Suiza ya había expresado la necesidad de la adopción de una decisión interpretativa que deje claro que la OMC y los AMUMA deben centrarse en su competencia primaria y mostrar deferencia mutua. Se parte de la presunción de que una medida comercial adoptada en virtud de un AMUMA es compatible con la OMC (debería considerarse «necesaria» para proteger el medio ambiente), pero la aplicación de tal medida debe quedar sujeta a las

prescripciones de la OMC (no constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta del comercio internacional). Se podría determinar cuáles son los AMUMA merecedores de deferencia, según determinados criterios. Asimismo, Suiza apoya la inversión de la carga de la prueba con relación al artículo XX del GATT.

Desde nuestro punto de vista, la propuesta de Suiza, si bien no implica abrir el GATT, está en la misma línea de la propuesta de la UE. La inversión de la carga de la prueba, la presunción de conformidad con las disposiciones de la OMC así como el hecho de considerar las medidas comerciales adoptadas de conformidad con un AMUMA necesarias para proteger el medio ambiente, son distintos recursos para lograr el mismo objetivo.

V - LAS CONTROVERSIAS MEDIOAMBIENTALES FRENTE AL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

De acuerdo a los informes del CCMA los miembros de la OMC no han recurrido hasta ahora a la solución de diferencias en el marco de la OMC en razón de obligaciones asumidas al convertirse en parte de un AMUMA. Teniendo en cuenta que hay más de doscientos cuarenta AMUMA pero sólo hay identificados una veintena contemplando medidas comerciales, entre ellos CITES, Convenio de Basilea y Protocolo de Montreal, la dimensión del problema está bastante restringida.

Los miembros de la OMC tienen autonomía para establecer sus políticas, objetivos y legislación medioambiental. La única limitación a esa autonomía está dada por el respeto de los principios y normas de la OMC. Así, estas políticas no deben discriminar entre productos importados y aquellos similares producidos en el país (trato nacional, Artículo III del GATT) y entre productos similares importados de distintos países (cláusula de nación más favorecida, Artículo I del GATT). El incumplimiento del principio de no discriminación podría ser una fuente de conflicto entre las medidas comerciales de un AMUMA y las normas de la OMC. En efecto, este principio, que rige las normas de la OMC, ha sido invocado en diversas controversias medio ambientales que se han dirimido en el ámbito del GATT y la OMC en relación a la aplicación del artículo XX a las medidas ambientales.

Dado que futuros paneles que eventualmente traten casos en los que se planteen controversias entre medidas comerciales establecidas por un AMUMA y la normativa OMC difícilmente contradigan las decisiones de paneles anteriores sobre cuestiones medioambientales, es útil analizar las controversias medioambientales que tuvieron lugar en el marco del GATT/ OMC.¹

En el contexto del GATT tuvieron lugar diversos casos de controversias medioambientales en las que se invocó el artículo XX. Por ejemplo, los casos Estados Unidos- atún del Canadá; Canadá- salmón y arenque; Tailandia- restricción a los cigarrillos; EE.UU. - atún de México; EE.UU. - atún de la CEE, EE.UU.- tasas sobre automóviles. A su vez, las controversias medioambientales también fueron llevadas a la OMC. Así, podemos citar como ejemplos los siguientes casos: EE.UU.- gasolina reformulada; EE.UU.- importación de camarones; CEE- asbestos; EE.UU.- importación de camarones (artículo 21.5); Comunidades Europeas - amianto. En el anexo 3 se pueden encontrar algunos casos seleccionados relativos a las controversias medioambientales.

Si bien cada caso es único y diferente de los demás, los paneles suelen analizar los informes adoptados por paneles anteriores cuando son pertinentes para una diferencia. Repasaremos a continuación decisiones de algunos Grupos Especiales y del Órgano de Apelaciones en controversias medioambientales relacionadas con el artículo XX del GATT.

1) Aplicamos la definición de la expresión «diferencias relativas a cuestiones ambientales» utilizada en diversos documentos de la OMC, es decir en sentido amplio abarcando la protección del medio ambiente y la protección de la salud de las personas.

No es suficiente que una medida que sea inconsistente con normas del GATT/OMC se aplique de conformidad con alguno de los apartados del artículo XX para que pueda justificarse al amparo de dicho artículo. La jurisprudencia de la OMC ha confirmado que la medida en cuestión debe pasar un doble análisis: La primera etapa del doble análisis consiste en determinar si la medida cae dentro de las excepciones del artículo XX. En la segunda etapa se analiza si la medida se aplica de conformidad con el *chapeau* del mismo, que exige que la medida en cuestión no sea aplicada de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional.

El Organo de Apelación [9] reconoció la importancia de la secuencia de análisis en el caso EE.UU.- importación del camarón en el cual revocó las decisiones del Panel en cuanto a la secuencia de etapas a analizar en relación al artículo XX. El grupo especial (panel) había comenzado su análisis por el *chapeau* del artículo XX en lugar de comenzar por las excepciones contenidas en él. El Organo de Apelación consideró que:

“...Los vicios descritos del análisis y de las conclusiones del Grupo Especial derivan casi naturalmente del hecho de que el Grupo Especial no prestó atención al orden cronológico de los pasos esenciales para la realización de ese análisis. El criterio que siguió el Grupo Especial consistió, según sus propios términos, en «determinar[emos] en primer lugar si la medida controvertida cumple los requisitos contenidos en el preámbulo». De ser así, señaló el Grupo Especial, «pasaremos a examinar si la medida estadounidense está comprendida en los términos de los apartados b) o g) del artículo XX”.

Entre las medidas reconocidas por los paneles como referentes a la protección de la salud y de la vida de las personas y los animales o para la preservación de vegetales (párrafo b) se encuentran medidas contra el consumo de cigarrillos, para la protección de la vida o la salud de los delfines, para reducir la contaminación del aire por el consumo de gasolina así como medidas para reducir los riesgos causados por el uso de amianto de crisolita.

El apartado b) exige que la medida en cuestión pase la prueba de necesidad. En el caso Tailandia - cigarrillos el Grupo Especial consideró que una medida es necesaria si no hay otras medidas compatibles con el GATT o si no hay otras medidas con menor grado de incompatibilidad con el GATT que el Estado pueda aplicar. Así, el panel señaló lo siguiente:

“Las restricciones a la importación impuestas por Tailandia no podían considerarse «necesarias» en el sentido del apartado b) del artículo XX puesto que existían medidas alternativas compatibles con el GATT, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, que era razonable esperar que Tailandia utilizara para alcanzar sus objetivos de política sanitaria.”

A su vez, en el caso gasolina – EE.UU. el panel [4] consideró que una política destinada a reducir la contaminación del aire resultante del consumo de gasolina era una política comprendida en el grupo de las políticas que tenían por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, conforme al apartado b) del artículo XX. Sin embargo, el panel entendió que la medida no pasaría la prueba de necesidad que requiere el apartado b) ya que los Estados Unidos tenían razonablemente a su alcance otras medidas compatibles o menos incompatibles para los mismos objetivos de política general.

Entre las medidas reconocidas por los paneles como referentes al párrafo g) se encuentran las siguientes: conservación de atunes, conservación de salmones y arenques, conservación de los delfines, conservación del petróleo, conservación del aire puro así como conservación de tortugas marinas.

El párrafo g) requiere probar el aspecto de “relativo” a la conservación de un recurso natural agotable de la medida en cuestión. En el caso Canadá - salmón y arenque, el panel consideró lo siguiente:

“una medida comercial tenía que estar destinada principalmente a la conservación de un recurso natural agotable para que pudiera ser considerada «relativa a» la conservación de los recursos en el sentido del apartado g) del artículo XX.”

Los paneles de casos posteriores relacionados con el párrafo g) tomaron en cuenta la conclusión del grupo especial citada precedentemente. A su vez, en el caso EEUU - gasolina el Organo de Apelación [5] fue más allá y llegó a la conclusión de que la medida debe tener una relación sustancial con la conservación de los recursos naturales agotables para justificarse al amparo del párrafo g):

“Habida cuenta de esa relación sustancial, consideramos que no puede estimarse que las normas para el establecimiento de líneas de base solamente tienen por objetivo la conservación del aire puro en los Estados Unidos a los efectos del apartado g) del artículo XX de una forma accidental o por inadvertencia.”

Ahora bien, para pasar la segunda etapa del doble análisis debe probarse que la medida impugnada no se aplica de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario e injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional. En este sentido, el Organo de Apelación en el caso EEUU - gasolina consideró que el objeto del *chapeau* del artículo XX es evitar el abuso de las excepciones previstas en el mismo:

“Así pues, una restricción que, en la forma, responda a las prescripciones del párrafo b) del artículo XX será abusiva si en la práctica se trata simplemente de un encubrimiento y si, so pretexto de la medida, lo que se quiera es restringir el comercio.”

En el caso EE.UU.- camarones, el Organo de Apelación tuvo en cuenta la falta de flexibilidad de la medida para determinar que se aplicaba de manera arbitraria e injustificable. También tuvo en cuenta si hubo esfuerzos serios de negociación al analizar si la medida se aplicaba de manera de constituir una discriminación injustificable:

“Otro aspecto de la aplicación del artículo 609 que tiene un peso importante en cualquier determinación con respecto a si una discriminación es justificable o injustificable es el hecho de que los Estados Unidos no han emprendido con los apelados, así como con otros Miembros que exportan camarones a los Estados Unidos, negociaciones serias y globales con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, antes de poner en aplicación la prohibición de las importaciones contra las exportaciones de camarón de esos otros Miembros.”

Por otro lado, el Organo de Apelación en el caso EE.UU.- gasolina, concluyó que las consideraciones para determinar si una medida se aplica de manera arbitraria e injustificable pueden tomarse en cuenta para definir si existe una restricción encubierta al comercio internacional:

“Estimamos que puede interpretarse adecuadamente que la ‘restricción encubierta’, cualesquiera que sean los demás aspectos que comprenda, abarca las restricciones equivalentes a una discriminación arbitraria o injustificable en el comercio internacional aplicadas en la forma de una medida formalmente comprendida en el ámbito de una de las excepciones enumeradas en el artículo XX.”

En conclusión, diversos paneles y el Órgano de Apelación han interpretado y aclarado el significado del *chapeau* del artículo XX y de las excepciones contenidas en este artículo. Así, hemos visto que una medida inconsistente con los principios/ normas del GATT/ OMC debe cumplir estrictos requisitos para pasar el doble análisis y quedar al amparo del artículo XX. De este modo se ha garantizado la seguridad jurídica del sistema multilateral de comercio.

VI - EL PANORAMA DESPUÉS DE CANCÚN

Luego de la Conferencia Ministerial de Cancún, en el marco de la incertidumbre generada por la falta de resultados (falta de consenso) de dicha Reunión, se suspendieron las reuniones de los diferentes Comités de la OMC correspondientes a la Agenda de Desarrollo de Doha. En este contexto, también se suspendieron las reuniones del Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria (posteriormente se reanudaron en el 2004). En noviembre de 2003, la Comunidad Europea presentó una Comunicación [39] al Consejo Europeo, que refleja la perspectiva europea sobre el relanzamiento de la Ronda Doha.

Con referencia a la relación entre los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMAS) y el Sistema multilateral de Comercio, la CE sostiene que ya expresó su posición en diversos documentos y considera que, sin abandonar ningún camino, por el momento sería más útil centrarse en los principios políticos y explorar si pueden constituir o no la base para el progreso.

La CE considera que al centrarse en principios políticos se abriría el diálogo para mejorar el mecanismo de solución de controversias para los AMUMAS. Hace referencia al Punto 5 de la agenda del Comité de Comercio y Medio Ambiente: «La relación entre los mecanismos de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio y los previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente». En este sentido, la CE considera que deberían explorarse opciones que podrían incluir un recurso más sistemático al artículo 13 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) de acuerdo al cual cada panel tiene derecho de buscar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente y hace una referencia a las Secretarías de los AMUMAS. Se infiere del texto que las Secretarías de los AMUMAS podrían ser entidades a ser consultadas para asesoramiento técnico de un eventual panel que trate la relación AMUMAS-OMC y que se buscaría la sistematización de este recurso. En nuestra opinión, no sería conveniente un recurso más sistemático al artículo 13 del ESD.

En la Comunicación de la CE se hace referencia a la necesidad de avanzar en las negociaciones sobre los criterios para conceder la condición de observador en el CCMA, independientemente del debate en el Consejo General sobre los observadores en la OMC, que hace tiempo que está estancado. Se coincide en la necesidad de establecer criterios y determinar la modalidad de participación de los observadores en el CCMA. Sin embargo, los criterios que la Argentina propone son más estrictos y restringidos que los que propone la CE para obtener la condición de observador del CCMA.

La CE considera que el trabajo relativo a los servicios medioambientales requiere un fuerte apoyo político. El párrafo 31 iii) de la Declaración de Doha contiene instrucciones para negociar la reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios a los bienes y servicios ecológicos. Si bien el término bienes ecológicos carece de una definición universalmente aceptada, la Argentina considera que el proceso de clasificación debería centrarse en el uso final (es decir bienes que son utilizados para limpiar el medio ambiente para contener o prevenir la contaminación). La Unión Europea en cambio considera que los productos podrían ser clasificados

como bienes ecológicos sobre la base de sus procesos y métodos de producción. No hay coincidencia de la Argentina con la CE en este punto.

La CE también desea contribuir activamente en los debates de comercio y medio ambiente relacionados con la asistencia técnica, estimulando actividades de la OMC en este campo. La posición de la Argentina coincide con la de la CE en este tema.

Consideramos que en el marco del párrafo 31 i) el Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria debería continuar centrándose en el debate de ejemplos específicos de disposiciones contenidas en los AMUMA que pertenecen al campo de aplicación del mandato. El CCMA en Sesión Extraordinaria debería actuar de acuerdo con el apartado i) del párrafo 31 de una forma concreta y analítica. Se podrá construir así una base fáctica para luego examinar la relación entre las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA y las normas vigentes de la OMC. En su comunicación de marzo de 2004 [40], la UE expresa que ha contribuido activamente al debate sobre las obligaciones comerciales específicas y que se propone continuar participando de él en forma constructiva. Valoramos el aporte de la UE.

VII - REFLEXIONES FINALES

Como consecuencia de la Declaración de Doha los miembros de la OMC decidieron celebrar negociaciones sobre la relación jurídica entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA. Sin embargo, circunscribieron el ámbito de la negociación de manera que el resultado de la misma sólo pueda ser aplicado a los miembros de la OMC que sean parte del AMUMA de que se trate. Así, no permitieron que se alteraran los derechos y obligaciones adquiridos en la OMC frente a los AMUMA de los que no son parte.

Hasta la Conferencia Ministerial de Cancún, el CCMA, a través de las contribuciones de sus miembros, estaba tratando de identificar las obligaciones comerciales específicas en los mismos. La tarea no era fácil ya que hay diferencia de criterios sobre la definición de las mismas. Miembros proteccionistas como la UE ofrecieron una interpretación amplia del mandato de Doha. En contrapartida, la Argentina, los EE.UU. y varios países en desarrollo interpretaron el mandato en sentido estricto y literal. La diferencia no es trivial ya que determinará el alcance de las negociaciones, que definirá la relación entre las obligaciones comerciales específicas contenidas en los AMUMA y las normas de la OMC.

Luego de Cancún, en el marco de la incertidumbre generada por la falta de consenso en dicha Reunión, se suspendieron provisoriamente las reuniones del Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria, que se reanudaron en el 2004.

En los últimos años, los miembros han presentado al CCMA diversas propuestas relativas a la relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas en virtud de un AMUMA (punto 1 del programa de trabajo). Ahora bien, con el mandato de Doha este punto de trabajo del comité tomó un impulso mayor. La posición más extrema es la de la UE, que ha propuesto abrir el GATT en su artículo XX para incluir las medidas medioambientales entre las excepciones generales que estipula dicho artículo. Nos parece que esta propuesta no tendrá éxito ya que difícilmente logre el consenso necesario para ponerse en práctica. A su vez, en sintonía con el enfoque de la Unión Europea, Suiza impulsa una decisión interpretativa. Desde otra perspectiva la Argentina, los EE.UU. y varios países en desarrollo entienden que no es necesaria ninguna modificación al artículo XX. Las excepciones de este

artículo cubren suficientemente el ámbito para tratar controversias. Entre ambos enfoques hay propuestas intermedias como por ejemplo la elaboración de principios y criterios que podrían servir de guía a los paneles de la OMC para evaluar medidas comerciales previstas en los AMUMA.

El Comité se ha centrado cada vez más en el debate de ejemplos específicos de disposiciones contenidas en los AMUMA que pertenecen al campo de aplicación del mandato. El CCMA en Sesión Extraordinaria ha actuado de acuerdo con el apartado i) del párrafo 31 de una forma concreta y analítica, que le permitirá construir una base fáctica para luego examinar la relación entre las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA y las normas vigentes de la OMC.

Hasta el presente, hay sólo una veintena de AMUMA en los que se han incorporado disposiciones sobre el comercio y no se ha planteado ningún problema en la OMC en cuanto al uso de medidas comerciales aplicadas como consecuencia de los AMUMA. De todos modos, podría ser útil el examen que se llevó a cabo en este trabajo sobre algunas de las controversias medioambientales llevadas al GATT/OMC en el contexto del artículo XX del GATT ya que futuros paneles que eventualmente traten casos en los que se planteen controversias entre medidas comerciales establecidas por un AMUMA y la normativa OMC difícilmente contradigan las decisiones de paneles anteriores. Del análisis de las mismas puede verse cómo los paneles y el Organo de Apelación clarificaron e interpretaron los requisitos que deben cumplirse para que una medida comercial que sea inconsistente con los principios y/o normas de la OMC quede al amparo del artículo XX.

Finalmente, creemos que cualquiera sea resultado que se obtenga de la negociación en curso, debería mantener la integridad y el apoyo mutuo de ambos conjuntos de obligaciones internacionales - por una parte, las establecidas en los AMUMA y, por otra, las previstas en la OMC. Este es el camino a seguir.

ANEXO 1: PROGRAMA DE TRABAJO DEL COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE (CCMA)

Punto 1: La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre medio ambiente.

Punto 2: La relación entre las políticas ambientales relacionadas con el comercio y las medidas ambientales que tengan efectos comerciales significativos, y las disposiciones del sistema multilateral de comercio.

Punto 3: La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y:

- a) *las cargas e impuestos aplicados con fines ambientales*
- b) *las prescripciones aplicadas con fines ambientales a los productos, con inclusión de normas y reglamentos técnicos y prescripciones en materia de envase y embalaje, etiquetado y reciclado.*

Punto 4: Las disposiciones del sistema multilateral de comercio con respecto a la transparencia de las medidas comerciales utilizadas con fines ambientales y las medidas y prescripciones ambientales que tienen efectos comerciales significativos.

Punto 5: La relación entre los mecanismos de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio y los previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente.

Punto 6: El efecto de las medidas ambientales en el acceso a los mercados, especialmente en lo relativo a los países en desarrollo, en particular los menos adelantados, y los beneficios resultantes para el medio ambiente de la eliminación de las restricciones y distorsiones del comercio.

Punto 7: La cuestión de la exportación de mercancías cuya venta está prohibida en el país de origen.

Punto 8: Las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Punto 9: Los servicios y el medio ambiente.

Punto 10: Contribución a los organismos competentes en relación con las disposiciones apropiadas que han de adoptarse en lo que respecta a las relaciones con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a las que se hace referencia en el artículo V del Acuerdo sobre la OMC.

ANEXO 2: PÁRRAFOS DE LA DECLARACIÓN DE DOHA RELACIONADOS CON EL COMERCIO Y EL MEDIO AMBIENTE

6 Reafirmamos decididamente nuestro compromiso con el objetivo del desarrollo sostenible, enunciado en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Estamos convencidos de que los objetivos de respaldar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente. Tomamos nota de los esfuerzos de los Miembros por realizar, sobre una base voluntaria, evaluaciones ambientales a nivel nacional de las políticas comerciales. Reconocemos que, en virtud de las normas de la OMC, no deberá impedirse a ningún país que adopte medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales, o para la protección del medio ambiente, a los niveles que considere apropiados, a reserva de la prescripción de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Acogemos favorablemente la continuación de la cooperación con el PNUMA y otras organizaciones intergubernamentales que se ocupan del medio ambiente. Alentamos los esfuerzos destinados a promover la cooperación entre la OMC y las organizaciones internacionales pertinentes que se ocupan del medio ambiente y del desarrollo, especialmente en la preparación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible que se celebrará en Johannesburgo, Sudáfrica, en septiembre de 2002.

Comercio y medio ambiente

31 Con miras a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente, convenimos en celebrar negociaciones, sin prejuzgar su resultado, sobre:

- i) la relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA). El ámbito de las negociaciones se limitará a la aplicabilidad de esas normas vigentes de la OMC entre las partes en el AMUMA de que se trate. Las negociaciones se harán sin perjuicio de los derechos que corresponden en el marco de la OMC a todo Miembro que no sea parte en ese AMUMA;
- ii) procedimientos para el intercambio regular de información entre las secretarías de los AMUMA y los Comités pertinentes de la OMC, y los criterios para conceder la condición de observador;
- iii) la reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios a los bienes y servicios ecológicos.

Tomamos nota de que las subvenciones a la pesca forman parte de las negociaciones previstas en el párrafo 28.

32 Encomendamos al Comité de Comercio y Medio Ambiente que, al proseguir la labor sobre todos los puntos de su orden del día en el marco de su mandato actual, preste particular atención a lo siguiente:

- i) el efecto de las medidas medioambientales en el acceso a los mercados, especialmente en relación con los países en desarrollo y en particular los menos adelantados, y aquellas situaciones

en que la eliminación o reducción de las restricciones y distorsiones del comercio pueda beneficiar al comercio, al medio ambiente y al desarrollo;

- ii) las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; y
- iii) las prescripciones relativas al etiquetado para fines medioambientales.

La labor sobre estas cuestiones deberá incluir la identificación de cualquier necesidad de aclarar las normas pertinentes de la OMC. El Comité presentará un informe al quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial y formulará recomendaciones, según proceda, con respecto a la acción futura, incluida la conveniencia de celebrar negociaciones. Los resultados de esta labor, así como las negociaciones llevadas a cabo de conformidad con los apartados i) y ii) del párrafo 31, serán compatibles con el carácter abierto y no discriminatorio del sistema multilateral de comercio, no aumentarán ni disminuirán los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los Acuerdos vigentes de la OMC, en particular el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, ni alterarán el equilibrio de estos derechos y obligaciones, y tendrán en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados.

- 33 Reconocemos la importancia de la asistencia técnica y la creación de capacidad en la esfera del comercio y el medio ambiente para los países en desarrollo, en particular los menos adelantados. También propugnamos que se compartan los conocimientos técnicos y la experiencia con los Miembros que deseen llevar a cabo exámenes medioambientales a nivel nacional. Se preparará un informe sobre estas actividades para el quinto período de sesiones.
- 51 El Comité de Comercio y Desarrollo y el Comité de Comercio y Medio Ambiente actuarán, cada uno en el marco de su respectivo mandato, como foro para identificar y debatir los aspectos de las negociaciones relacionados con el desarrollo y el medio ambiente, a fin de contribuir al logro del objetivo de hacer que en las negociaciones se refleje de manera adecuada el desarrollo sostenible.

ANEXO 3: CASOS SELECCIONADOS

A - ESTADOS UNIDOS - GASOLINA (1996) [4][5]

Es el primer caso de una controversia medioambiental llevada a la OMC. La medida en disputa era la Reglamentación sobre Gasolinas establecida por la agencia de protección del medio ambiente (EPA) de los EE.UU. en 1995, en virtud de la cual sólo se permitía vender a los consumidores de las zonas más contaminadas del país «gasolina reformulada» (de una limpieza especificada). En el resto del país, sólo se podía vender «gasolina convencional». La reglamentación sobre gasolinas se aplicaba a todos los refinadores, mezcladores o importadores de gasolina de los Estados Unidos. La agencia estableció una «línea de base estatutaria», destinada a reflejar la calidad media de la gasolina estadounidense en 1990. Esta línea de base imponía una carga más estricta a los productores extranjeros de gasolina.

Las normas de GATT/OMC incumplidas según los demandantes (Brasil y Venezuela) eran el artículo III del GATT (trato nacional, principio de no discriminación) y el párrafo 1 b) del artículo XXIII (anulación o menoscabo) del GATT de 1994 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC).

Los Estados Unidos alegaron que la Reglamentación sobre Gasolinas estaba en conformidad con el artículo III y, en todo caso, podía ampararse en las excepciones previstas en los apartados b), g) y d) del artículo XX, y que la Reglamentación también era compatible con el Acuerdo OTC.

80

El panel identificó la norma de la OMC incumplida: concluyó que la reglamentación impuesta por los EE.UU. no era compatible con el artículo III del GATT. La gasolina importada tenía un trato menos favorable que la nacional a pesar de ser productos similares.

Asimismo, el Grupo Especial entendió que una política destinada a reducir la contaminación del aire resultante del consumo de gasolina era una política comprendida en el grupo de las políticas que tenían por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, conforme al apartado b) del artículo XX.

El panel realizó la prueba de necesidad (apartado b): el Grupo Especial señaló que los métodos de establecimiento de líneas de base no eran «necesarios» en el sentido del apartado b) del artículo XX puesto que los Estados Unidos tenían razonablemente a su alcance otras medidas compatibles o menos incompatibles para los mismos objetivos de política general:

"...el Grupo Especial no aceptó que los Estados Unidos hubieran demostrado que no tenían razonablemente a su alcance ninguna otra medida compatible o menos incompatible con el párrafo 4 del artículo III para imponer el cumplimiento de líneas de base de los refinadores extranjeros o de líneas de base de los importadores basadas en ellas... los Estados Unidos no habían demostrado, en el asunto que se examinaba, la necesidad de la incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III que suponía la Reglamentación sobre Gasolinas."

El panel analizó si la medida cumplía con los requisitos del apartado g): el Grupo Especial consideró que una política destinada a reducir el agotamiento del aire puro era una política destinada a conservar un recurso natural en el sentido del apartado g) del artículo XX. Sin embargo, el Grupo Especial constató que los métodos menos favorables de establecimiento de líneas de base que eran objeto de examen en el presente asunto no estaban destinados principalmente a la conservación de recursos naturales.

El Grupo Especial concluyó que la Reglamentación sobre Gasolinas no podía justificarse en virtud de los apartados del artículo XX. El Grupo Especial no consideró necesario determinar si la medida cumplía las condiciones establecidas en el preámbulo del artículo XX ya que no estaba amparada por los apartados de este artículo.

El Órgano de Apelación revocó las decisiones del Panel en cuanto al artículo XX g). Sostuvo que el establecimiento de líneas de base previsto en la Reglamentación sobre las Gasolinas estaba comprendido en el apartado g) del artículo XX.

Sin embargo, al analizar el *chapeau* del artículo XX concluyó que no reunía los requisitos estipulados en el mismo. El Órgano de Apelación consideró que el preámbulo se refería no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente dicho, sino más bien a la manera en que la medida se aplica y que no debe aplicarse de manera que lleve a un abuso o uso indebido. Concluyó que la aplicación de la reglamentación de los Estados Unidos equivalía a una discriminación injustificable y a una restricción encubierta al comercio internacional:

“concluimos que las normas para el establecimiento de líneas de base contenidas en la Reglamentación sobre Gasolinas constituyen, en su aplicación, una «discriminación injustificable» y una «restricción encubierta al comercio internacional». En resumen, sostenemos que las normas de establecimiento de líneas de base, aunque quedan comprendidas en el ámbito del apartado g) del artículo XX, no reúnen las condiciones para ser acreedoras a la protección del conjunto del artículo XX que las justifique”.

B - ESTADOS UNIDOS - CAMARONES (1997-1998) [8][9]

El artículo 609 de la Ley de Protección de Tortugas de 1989 de los EE.UU., estipulaba que no podrían importarse a los EE.UU. camarones capturados con tecnologías que pudieran tener consecuencias negativas para determinadas tortugas marinas, a menos que se hubiera certificado que el país pesquero tenía un programa reglamentario y una tasa de capturas accidentales comparables a los de los EE.UU. La ley obligaba a los pescadores a utilizar dispositivos especiales en las redes camaroneras para que las tortugas no fueran capturadas al pescar camarones. Este requisito implicaba en la práctica que sólo obtendrían el certificado correspondiente los países que utilizaban el dispositivo para excluir a las tortugas DET, que se usaba en los EEUU. En 1991, 1993 y 1996 los EE.UU. publicaron unas directrices reguladoras para la aplicación del artículo 609 que detallaban cómo determinar la compatibilidad de los regímenes reglamentarios extranjeros con el régimen de los EE.UU. así como los criterios utilizados para la certificación.

Las normas del GATT incumplidas según los demandantes (India, Malasia, Pakistán y Tailandia) eran el párrafo 1 del artículo XI (eliminación general de las restricciones cuantitativas), el párrafo 1 del artículo I (Nación más favorecida, principio de no discriminación) y el párrafo 1 del artículo XIII (aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas). Alegaban que los EE.UU. restringían las importaciones de camarón y sus productos procedentes de los países que no habían sido certificados, mientras que los productos similares procedentes de otros países que habían sido certificados podían ser importados libremente a ese país. Por otro lado, los Estados Unidos alegaron que las medidas en cuestión estaban amparadas por los apartados b) y g) del artículo XX.

El panel realizó el doble análisis: Primero identificó la norma de la OMC incumplida: El grupo Especial concluyó que la prohibición impuesta por los EE.UU. no era compatible con el artículo XI del GATT. Analizando el artículo XX del GATT, el panel consideró que la medida no cumplía los requisitos del preámbulo del artículo XX ya que era aplicada de manera que constituía

una discriminación injustificable, por lo tanto no estaba justificada por el artículo XX. No consideró necesario examinar si la medida de la EE.UU. estaba comprendida en los términos de los apartados b) y g) de dicho artículo.

La importancia de la secuencia de etapas en el análisis de un caso en el cual se invocan las excepciones del artículo XX se puso de manifiesto en el informe del Organo de Apelación, que revocó las decisiones del Panel en cuanto a la secuencia de etapas a analizar en relación al artículo XX. El Organo de Apelación analizó primero si la medida estaba amparada por alguna de las excepciones del artículo XX. Consideró entonces que las tortugas marinas son un recurso natural agotable y que la medida se refiere a la conservación de un recurso natural agotable por lo tanto cae dentro de las excepciones del apartado g) del artículo XX.

Posteriormente, al examinar si la aplicación de la medida cumplía con el *chapeau* del artículo XX, el Organo de Apelación tuvo en cuenta que los EE.UU. no emprendieron con los apelados negociaciones serias y globales con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y la conservación de las tortugas marinas antes de aplicar la medida en cuestión.

Finalmente, determinó que la medida se aplicaba de manera que constituía una discriminación arbitraria e injustificable:

"Aquello que hemos decidido en esta apelación simplemente es lo siguiente: aunque la medida de los Estados Unidos objeto de la diferencia sometida a esta apelación cumpla un objetivo de protección medioambiental reconocido como legítimo en virtud del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, esta medida ha sido aplicada por los Estados Unidos en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre Miembros de la OMC, en contra de lo prescrito en el preámbulo del artículo XX. Por todas las razones específicas señaladas en el presente informe, esta medida no reúne las condiciones para beneficiarse de la exención que el artículo XX del GATT de 1994 concede a las medidas que cumplen determinados objetivos reconocidos y legítimos de protección del medio ambiente pero que, al mismo tiempo, no se aplican en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional".

C - ESTADOS UNIDOS - CAMARONES (ARTÍCULO 21.5) (2001) [17][18]

Los EE.UU. publicaron las Directrices Revisadas para la aplicación del artículo 609 de la ley pública 101-162 para la protección de las tortugas en las operaciones de pesca del camarón con redes de arrastre, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Estas directrices reemplazaron a las directrices de abril de 1996. En aquéllas el Departamento de Estado certificaba sólo después que se demostrara que se exigía el uso de DET a los pescadores de camarón.

De acuerdo a las Directrices Revisadas, en cambio, los países podían solicitar la certificación aún si no exigían el uso de DET. Asimismo, un país exportador debía demostrar que contaba con un programa de eficacia comparable a la del programa de los EE.UU. aún si no usaba DET. Entonces, el Departamento de Estado debía considerar las diferencias demostradas entre las condiciones para la pesca de camarón en los EE.UU. y las condiciones en las cuales se realizaba en otros países.

Malasia alegó que el artículo 609 continuaba infringiendo el párrafo 1 del artículo XI del GATT. Sostuvo que los EE.UU. no habían cumplido con las recomendaciones y resoluciones del Organo de Solución de Diferencias en el caso "EEUU- prohibición de importación de determinados camarones y productos del camarón", adoptado en 1998.

El panel examinó la compatibilidad de la medida en cuestión con el párrafo g) del artículo XX. Se remontó a la decisión del Órgano de Apelación en el caso EE.UU.- camarones, que había constatado que la medida estaba provisionalmente justificada al amparo del apartado g). Siendo la medida idéntica a la analizada en aquel caso, el panel concluyó que la medida estaba provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX.

En el análisis del *chapeau* el panel consideró que los EE.UU. habían hecho esfuerzos serios y de buena fe para negociar un acuerdo internacional para la protección de las tortugas marinas con las partes de la diferencia. Consideró que la obligación era de negociar y no de concluir un acuerdo internacional. El panel concluyó que la medida era inconsistente con el artículo XI del GATT pero justificada por el artículo XX.

En la apelación Malasia alegó que los EE.UU. debían haber negociado y concluido un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de tortugas marinas antes de prohibir las importaciones. En este sentido consideró que el panel se equivocó al constatar que la medida en cuestión ya no constituía un medio de discriminación arbitrario o injustificable de acuerdo al artículo XX. Además alegó que la medida conllevaba una discriminación arbitraria o injustificable por falta de flexibilidad.

El Órgano de Apelación rechazó los alegatos sobre la necesidad de concluir un acuerdo para evitar una discriminación arbitraria o injustificable:

“ En síntesis, Malasia no está en lo cierto al afirmar que para evitar la «discriminación arbitraria e injustificable» en el sentido del preámbulo del artículo XX es necesaria la conclusión de un acuerdo internacional sobre la protección y conservación de las tortugas marinas. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial de que, habida cuenta de los esfuerzos serios y de buena fe realizados por los Estados Unidos para negociar un acuerdo internacional, «el artículo 609 se aplica actualmente de una manera que ya no constituye un medio de discriminación injustificable o arbitrario, según lo ha determinado en su informe el Órgano de Apelación».

En cuanto a la flexibilidad de la medida el Órgano de Apelación confirmó que al condicionar el acceso al mercado a la adopción de un programa comparable en la eficiencia, permitía una flexibilidad suficiente en la aplicación de la medida.

“ A nuestro juicio, hay una importante diferencia entre condicionar el acceso al mercado a la adopción de un programa que sea esencialmente el mismo y condicionarlo a la adopción de un programa comparable en eficacia. El hecho de autorizar a un Miembro importador a condicionar el acceso al mercado a que los Miembros exportadores pongan en vigor programas reguladores comparables en eficacia al del Miembro importador deja al Miembro exportador un grado de discrecionalidad suficiente en lo que respecta al programa que puede adoptar para conseguir el grado de eficacia necesaria y le permite adoptar un programa regulador que sea adecuado a las condiciones específicas que prevalecen en su territorio. A nuestro parecer, el Grupo Especial razonó y concluyó acertadamente que la supeditación del acceso al mercado a la adopción de un programa comparable en eficacia permite un grado de flexibilidad suficiente en la aplicación de la medida para evitar una «discriminación arbitraria o injustificable». Por consiguiente, estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial acerca de la «eficacia comparable».

En conclusión, el Órgano de Apelación confirmó el informe del panel:

“ Por todas las razones expuestas, confirmamos la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 6.1 de su informe de que «el artículo 609 de la Public Law 101-162, tal como ha sido puesto

en vigor por las Directrices Revisadas de 8 de julio de 1999 y según la aplicación realizada hasta la fecha por las autoridades de los Estados Unidos, está justificado a tenor del artículo XX del GATT de 1994 siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que figuran en las constataciones del presente informe, en particular los esfuerzos serios y de buena fe en curso, destinados a lograr un acuerdo multilateral ”.

ANEXO 4: ARTÍCULO XX DEL GATT

EXCEPCIONES GENERALES

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

- a) necesarias para proteger la moral pública;
- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y animales o para preservar los vegetales;
- c) relativas a la importación o a la exportación de oro o plata;
- d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;
- e) relativas a los artículos fabricados en las prisiones;
- f) impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;
- g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;
- h) adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobados por ellas o de un acuerdo sometido a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobado por éstas;
- i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización, a reserva de que dichas restricciones no tengan como consecuencia aumentar las exportaciones de esa industria nacional o reforzar la protección concedida a la misma y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación;
- j) esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local; sin embargo, dichas medidas deberán ser compatibles con el principio según el cual todas las partes contratantes tienen derecho a una parte equitativa del abastecimiento internacional de estos productos, y las medidas que sean incompatibles con las demás disposiciones del presente Acuerdo serán suprimidas tan pronto como desaparezcan las circunstancias que las hayan motivado. Las PARTES CONTRATANTES examinarán, lo más tarde el 30 de junio de 1960, si es necesario mantener la disposición de este apartado.

ANEXO 5: ARTÍCULOS RELEVANTES DEL ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO (OTC)

ARTÍCULO 2

Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central

Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central:

- 2.1 Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.
- 2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.

86

Conformidad con los reglamentos técnicos y las formas

ARTÍCULO 5

Procedimientos de evaluación de la conformidad aplicados por las instituciones del gobierno central

- 5.1 En los casos en que se exija una declaración positiva de conformidad con los reglamentos técnicos o las normas, los Miembros se asegurarán de que las instituciones de su gobierno central apliquen a los productos originarios de los territorios de otros Miembros las disposiciones siguientes:
 - 5.1.1 los procedimientos de evaluación de la conformidad se elaborarán, adoptarán y aplicarán de manera que se conceda acceso a los proveedores de productos similares originarios de los territorios de otros Miembros en condiciones no menos favorables que las otorgadas a los proveedores de productos similares de origen nacional u originarios de cualquier otro país, en una situación comparable; el acceso implicará el derecho de los proveedores a una evaluación de la conformidad según las reglas del procedimiento, incluida, cuando este procedimiento la prevea, la posibilidad de que las actividades de evaluación de la conformidad se realicen en el emplazamiento de las instalaciones y de recibir la marca del sistema;
 - 5.1.2 no se elaborarán, adoptarán o aplicarán procedimientos de evaluación de la conformidad que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. Ello significa, entre otras cosas, que los procedimientos de evaluación de la conformidad no serán más estrictos ni se aplicarán

de forma más rigurosa de lo necesario para dar al Miembro importador la debida seguridad de que los productos están en conformidad con los reglamentos técnicos o las normas aplicables, habida cuenta de los riesgos que provocaría el hecho de que no estuvieran en conformidad con ellos.

5.2 Al aplicar las disposiciones del párrafo 1, los Miembros se asegurarán de que:

- 5.2.1 los procedimientos de evaluación de la conformidad se inicien y ultimen con la mayor rapidez posible y en un orden no menos favorable para los productos originarios de los territorios de otros Miembros que para los productos nacionales similares;
- 5.2.2 se publique el período normal de tramitación de cada procedimiento de evaluación de la conformidad o se comunique al solicitante, previa petición, el período de tramitación previsto; de que, cuando reciba una solicitud, la institución competente examine prontamente si la documentación está completa y comunique al solicitante todas las deficiencias de manera precisa y completa; de que la institución competente transmita al solicitante lo antes posible los resultados de la evaluación de una manera precisa y completa, de modo que puedan tomarse medidas correctivas si fuera necesario; de que, incluso cuando la solicitud presente deficiencias, la institución competente siga adelante con la evaluación de la conformidad hasta donde sea viable, si así lo pide el solicitante; y de que, previa petición, se informe al solicitante de la fase en que se encuentra el procedimiento, explicándole los eventuales retrasos;
- 5.2.3 no se exija más información de la necesaria para evaluar la conformidad y calcular los derechos;
- 5.2.4 el carácter confidencial de las informaciones referentes a los productos originarios de los territorios de otros Miembros, que resulten de tales procedimientos de evaluación de la conformidad o hayan sido facilitadas con motivo de ellos, se respete de la misma manera que en el caso de los productos nacionales y de manera que se protejan los intereses comerciales legítimos;
- 5.2.5 los derechos que puedan imponerse por evaluar la conformidad de los productos originarios de los territorios de otros Miembros sean equitativos en comparación con los que se percibirían por evaluar la conformidad de productos similares de origen nacional u originarios de cualquier otro país, teniendo en cuenta los gastos de las comunicaciones, el transporte y otros gastos derivados de las diferencias de emplazamiento de las instalaciones del solicitante y las de la institución de evaluación de la conformidad;
- 5.2.6 el emplazamiento de las instalaciones utilizadas en los procedimientos de evaluación de la conformidad y los procedimientos de selección de muestras no causen molestias innecesarias a los solicitantes, o sus agentes;
- 5.2.7 cuando se modifiquen las especificaciones de un producto tras haberse declarado su conformidad con los reglamentos técnicos o las normas aplicables, el procedimiento de evaluación de la conformidad del producto modificado se circunscriba a lo necesario para determinar si existe la debida seguridad de que el producto sigue ajustándose a los reglamentos técnicos o a las normas aplicables;
- 5.2.8 exista un procedimiento para examinar las reclamaciones relativas al funcionamiento de un procedimiento de evaluación de la conformidad y tomar medidas correctivas cuando la reclamación esté justificada.

ANEXO 6: ARTÍCULOS RELEVANTES DEL ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS (SPS)

ARTÍCULO 2

Derechos y obligaciones básicos

- 1 Los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo.
- 2 Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.
- 3 Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional.
- 4 Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado b) del artículo XX.

88

ARTÍCULO 5

Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria

- 1 Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes.
- 2 Al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta: los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades; las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros.
- 3 Al evaluar el riesgo para la vida o la salud de los animales o la preservación de los vegetales y determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra ese riesgo, los Miembros tendrán en cuenta como factores económicos pertinentes: el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o

erradicación en el territorio del Miembro importador; y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos.

- 4 Al determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio.
- 5 Con objeto de lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra los riesgos tanto para la vida y la salud de las personas como para las de los animales o la preservación de los vegetales, cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Los Miembros colaborarán en el Comité, de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 12, para elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica de la presente disposición. Al elaborar esas directrices el Comité tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, con inclusión del carácter excepcional de los riesgos para la salud humana a los que las personas se exponen por su propia voluntad.
- 6 Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.²
- 7 Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.
- 8 Cuando un Miembro tenga motivos para creer que una determinada medida sanitaria o fitosanitaria establecida o mantenida por otro Miembro restringe o puede restringir sus exportaciones y esa medida no esté basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, o no existan tales normas, directrices o recomendaciones, podrá pedir una explicación de los motivos de esa medida sanitaria o fitosanitaria y el Miembro que mantenga la medida habrá de darla.

2) A los efectos del párrafo 6 del artículo 5, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

Referencias bibliográficas

- [1] Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio GATT 1947.
- [2] Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio GATT 1994.
- [3] Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. GATT 1994.
- [4] Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Informe del Grupo Especial, WT/DS2/R, 29 de enero de 1996.
- [5] Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996.
- [6] Japón, *La relación entre las medidas comerciales adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente y el acuerdo sobre la OMC*, WT/CTE/W/31, 30 de mayo de 1996.
- [7] Propuesta de la ASEAN, *La relación entre las disposiciones del Sistema Multilateral de Comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA)*, WT/CTE/W/39, 24 de julio de 1996.
- [8] Informe Grupo Especial, Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón WT/DS58/ R, 15 de mayo de 1997.
- [9] Informe Organo de Apelación, Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/ AB/R, 12 de octubre de 1998.
- [10] Suiza, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y los AMUMA*, WT/CTE/W/139, 8 de junio de 2000.
- [11] Comunidades Europeas - *Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/R, 18 de septiembre de 2000.
- [12] Comunicación de Nueva Zelandia, *Primer punto: la relación entre las disposiciones del Sistema Multilateral de Comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente*, WT/CTE/W/162, 10 de octubre de 2000.
- [13] Suiza, *Aclaración de la relación entre la OMC y los AMUMA.*, WT/CTE/W/168, 19 de octubre de 2000.
- [14] Comunidades Europeas, *Resolución de la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA*. WT/CTE/W/170, 19 de octubre de 2000.
- [15] Comunicación de Nueva Zelandia, *Primer punto: la relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente*, WT/CTE/W/180, 9 de enero de 2001.
- [16] Nota de la Secretaría de la OMC, *Matriz de las medidas comerciales adoptadas en el marco de determinados AMUMA - Revisión*, WT/CTE/W/160/Rev.1, 14 de junio de 2001.
- [17] Informe del Grupo Especial, Importaciones de determinados camarones y productos del camarón, Recurso de

Malasia al párrafo 5 del artículo 21, WT/DS58/RW, 15 de junio de 2001.

[18] Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS58/AB/RW, 22 de octubre de 2001.

[19] *Declaración Ministerial de Doha*, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de noviembre de 2001. -Nota de la Secretaría de la OMC, *Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT*, WT/CTE/W/203, 8 de marzo de 2002.

[20] Comunicación de las Comunidades Europeas, *AMUMA: aplicación del Programa de Doha para el Desarrollo - Apartado i) del párrafo 31*, TN/TE/W/1, 21 de marzo de 2002.

[21] Nota de la Secretaría de la OMC, *Los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) y las normas de la OMC; propuestas realizadas en el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de 1995 a 2002*, TN/TE/S/1, 23 de mayo de 2002.

[22] Comunicación de la República Argentina, *El mandato del párrafo 31 i) de la Declaración de Doha en materia de comercio y medio ambiente*, TN/TE/W/2, 23 de mayo de 2002.

[23] Nota de la Secretaría de la OMC, *Los AMUMA y las normas de la OMC; propuestas realizadas en el CCMA de 1995 a 2002*, TN/TE/S/1, 23 de mayo de 2002.

[24] Comunicación de los EEUU, *Contribución de los Estados Unidos con respecto al apartado ii) del párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha*, TN/TE/W/5, 6 de junio de 2002.

[25] Comunicación de Australia, *Procedimiento sugerido para las negociaciones de conformidad con el apartado i) del párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha*, TN/TE/W/7, 7 de junio de 2002.

[26] Comunicación de Suiza, *AMUMA: aplicación del Programa de Doha para el Desarrollo - Párrafo 31 i)*, TN/TE/W/4, 6 de junio de 2002.

[27] Comunicación de los Estados Unidos, *Contribución de los Estados Unidos con respecto al apartado ii) del párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha*, TN/TE/W/5, 6 de junio de 2002.

[28] Nota de la Secretaría de la OMC, *Formas de cooperación y de intercambio de información vigentes entre el PNUMA/ los AMUMA y la OMC. Párrafo 31 ii)*, TN/TE/S/2, 10 de junio de 2002.

[29] Comunicación del Japón, *Relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) - Apartado i) del párrafo 31*, TN/TE/W/10, 3 de octubre de 2002.

[30] Nota de la Secretaría de la OMC, *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*, WT/CTE/W/220, 7 de octubre de 2002.

[31] Comunicación de la República de Corea, *Obligaciones comerciales específicas- apartado i) del párrafo 31*, TN/TE/W/12, 8 de octubre de 2002.

[32] Comunicación de las Comunidades Europeas, *Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA):*

intercambio de información y condición de observador - Apartado ii) del párrafo 31, TN/TE/W/15, 17 de octubre de 2002.

[33] Nota de la Secretaría de la OMC, *Informe resumido de la tercera reunión del Comité de Comercio y Medio Ambiente en sesión extraordinaria 10 y 11 de octubre de 2002*, TN/TE/R/3, 31 de octubre de 2002.

[34] Comunicación de Suiza, *Intervención de Suiza durante la reunión del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) en Sesión Extraordinaria celebrada el 10 de octubre de 2002 - Apartado i) del párrafo 31*, TN/TE/W/16, 6 de noviembre de 2002.

[35] Nota de la Secretaría de la OMC, *Compilación de las comunicaciones de conformidad con el apartado i) del párrafo 31 de la Declaración de Doha*, TN/TE/S/3, 31 de enero de 2003.

[36] Comunicación de los Estados Unidos, *Apartado i) del párrafo 31 de la Declaración de Doha*, TN/TE/W/20, 10 de febrero de 2003.

[37] Comunicación de India, *Relación entre las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMAS y las normas de la OMC*, TN/TE/W/23, 20 de febrero de 2003.

[38] Note by the Secretariat, *Summary report on the fifth meeting of the committee on trade and environment in special session 12-13 february 2003*, TN/TE/R/5, 14 de abril de 2003.

[39] Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social- Reviviendo las negociaciones de la DDA. La perspectiva de la Unión Europea*, noviembre de 2003.

[40] Comunicación de las Comunidades Europeas, *La relación entre las normas de la OMC y los AMUMA en el contexto de un sistema de gestión pública mundial*, TN/TE/W/39, 24 de marzo de 2004.

- ▣ **EDUARDO R. ABLIN - SANTIAGO PAZ**
El mercado mundial de soja, la República Argentina y los organismos genéticamente modificados
- ▣ **FEDERICO GONZÁLEZ PERINI**
Las negociaciones sobre indicaciones geográficas en la OMC y el futuro de las exportaciones argentinas
- ▣ **FACUNDO VILA**
Los Sistemas de Gravámenes Móviles: Implicancias legales y económicas para el Comercio Exterior Argentino

