

D LAS NORMAS EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

La presente sección se ocupa de los textos jurídicos y la jurisprudencia pertinente de la OMC relativos a las normas. En ella se examinan en primer lugar los propios textos, para analizar después detalladamente algunos de los conceptos fundamentales pertinentes a las normas recogidos tanto en los Acuerdos OTC y MSF como en el GATT de 1994. Seguidamente se sitúan los Acuerdos en el contexto del análisis económico expuesto en las secciones anteriores y se hace también referencia a la jurisprudencia acumulada en relación con las normas.¹²⁵ Dado que el presente informe se centra en las normas de productos, sólo se analizarán los textos jurídicos y la jurisprudencia de la OMC relativas a las "mercancías". No obstante, es importante señalar que el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) contiene también disposiciones relativas a las normas en la esfera de los servicios, especialmente en los párrafos 4 y 5 de su artículo VI.

Los dos Acuerdos de la OMC relacionados con las normas -los Acuerdos OTC y MSF- deben examinarse en el marco del conjunto general de los Acuerdos del sistema multilateral de comercio, y especialmente del GATT de 1994 y el Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD), a los que están vinculados de forma integral. Esa vinculación es a veces sumamente clara, como ocurre por ejemplo en el caso del artículo 14 del Acuerdo OTC y del artículo 11 del Acuerdo MSF, que se refieren a la forma en que las diferencias relacionadas con esos Acuerdos han de resolverse de conformidad con las disposiciones del ESD. Hay otras vinculaciones menos evidentes, pero no menos importantes, como las relativas a la obligación básica del artículo I (Trato de la nación más favorecida -NMF-), al artículo III (Trato nacional), al artículo XI (Eliminación general de las restricciones cuantitativas) y al artículo XX (Excepciones generales) del GATT de 1994.

Los Acuerdos OTC y MSF tratan de garantizar que los gobiernos que persiguen objetivos de política no relacionados con el comercio mediante la utilización de normas lo hagan con los menores efectos posibles de distorsión del comercio. Las obligaciones de trato NMF y de trato nacional -obligaciones de no discriminación- proporcionan un importante instrumento de control frente a normas cuya aplicación tiene por consecuencia un trato menos favorable de algunos proveedores extranjeros en comparación con los productores nacionales o con otros proveedores extranjeros. El mecanismo de solución de diferencias permite a los países solucionar las discrepancias acerca de la compatibilidad de normas concretas con las prescripciones de los Acuerdos OTC y MSF y las obligaciones derivadas del GATT de 1994.

Algunos estudios recientes han intentado explicar las razones de la existencia de acuerdos internacionales sobre normas.¹²⁶ Pero la explicación más sencilla es la que dan los economistas para justificar la cooperación internacional en la esfera arancelaria. La consecuencia probable de la aplicación por los países de políticas comerciales unilaterales son las guerras comerciales. Cada país intenta modificar la relación de intercambio en su favor aplicando el arancel óptimo, pero ese modo de proceder provoca inevitablemente medidas de retorsión de los interlocutores comerciales. La consecuencia última es que el mundo se empobrece, debido al aumento de la protección media y la disminución del volumen del comercio internacional. Una situación análoga puede producirse en el caso de las normas de productos, en la medida en que cada país trate de alcanzar sus objetivos de política general mediante la utilización de normas de productos sin tener en cuenta los costos que se imponen a sus interlocutores comerciales.

¹²⁵ Como se ha indicado en la sección IIB.1 la terminología económica con respecto a las normas no corresponde exactamente a la terminología jurídica. En la presente sección seguiremos utilizando principalmente la terminología económica, pero cuando se hace referencia directa a los Acuerdos OTC o MSF o a la jurisprudencia conexa, se utiliza la terminología jurídica (véase el cuadro 1).

¹²⁶ En un trabajo reciente, Battigalli y Maggi (2003) han utilizado el concepto de contratos incompletos para explicar la naturaleza de los acuerdos internacionales sobre las normas de productos. Un contrato incompleto es un acuerdo que no puede especificar la obligación contractual de cada una de las partes en cada una de las posibles situaciones. Este aspecto es pertinente en el caso de las normas de productos, porque es imposible predecir qué tipo de normas pueden surgir en el futuro. Los cambios en las esferas de la tecnología, de la demanda de los consumidores y del grado de integración internacional conducirán a la elaboración de nuevas normas de productos. Es probable asimismo que los reglamentos estatales cambien en función de preocupaciones públicas emergentes. En consecuencia, es imposible suscribir ex ante acuerdos que puedan prever todas las contingencias posibles en relación con las normas y el comercio. Los autores aducen que en esas circunstancias, la serie óptima de acuerdos internacionales sobre normas de producto respondería a una triple estructura: i) disposiciones que especifican normas para productos existentes; ii) una regla de no discriminación (trato nacional); y iii) un procedimiento de solución de diferencias.

El argumento anterior pone de relieve las similitudes existentes entre aranceles y normas, por cuanto aranceles y normas que son óptimos desde el punto de vista nacional pueden perfectamente no serlo desde el punto de vista mundial. Hay por otra parte una diferencia importante entre esos dos instrumentos de política. En tanto que es evidente que un arancel tiene por objeto y efecto la discriminación entre los productos importados y los productos nacionales, el objeto y efecto de una norma puede resultar bastante difícil de demostrar en la práctica. En consecuencia, puede darse el caso de que los gobiernos pretendan que introducen una norma para corregir imperfecciones del mercado como las analizadas en la sección IIB, pero, en realidad, la finalidad esa norma sea generar una ventaja comparativa artificial en favor de los productores nacionales. Dicho de otra forma, las normas pueden utilizarse como una forma “encubierta” de proteccionismo. Hay que señalar que ello no redundaría, en principio, en interés del país que introduce la norma, ya que los consumidores suelen resultar perjudicados por las políticas proteccionistas. Dado que los gobiernos dependen de la información obtenida de los productores cuando elaboran las normas (véase la sección IIC) el riesgo de que el gobierno se convierta en rehén del sector privado parece real.

1. LAS NORMAS EN LOS ACUERDOS DE LA OMC

Unas normas bien concebidas pueden desempeñar una importante función para garantizar el funcionamiento sin problemas de los mercados. Por lo general, las normas establecidas a nivel nacional facilitarán las transacciones en el mercado nacional. No obstante, pueden afectar también al resultado de las transacciones internacionales y fomentar o reducir el comercio. Es posible también elaborar normas con el propósito de reducir las importaciones y otorgar protección a los productores nacionales. En los preámbulos de los Acuerdos OTC y MSF se declara que los Miembros no deben aplicar las normas en forma tal que constituya “una restricción encubierta del comercio internacional”.

a) Acuerdo OTC

El Acuerdo OTC abarca los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos de evaluación de la conformidad (véase la definición exacta de esos términos en el recuadro 14). Un importante elemento que distingue un reglamento técnico de una norma es que la observancia del reglamento es obligatoria. El Acuerdo OTC se aplica a una amplia gama de instituciones y sistemas locales, nacionales, regionales e internacionales, gubernamentales o no gubernamentales. Los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo OTC varían según el tipo de institución de que se trate. Por ejemplo, los reglamentos técnicos elaborados por los órganos del gobierno central están sujetos al nivel máximo de obligaciones en virtud del Acuerdo.

Recuadro 14: Algunas definiciones utilizadas en el Acuerdo OTC

Un *reglamento técnico* es un documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

Una *norma* es un documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

Un procedimiento para la *evaluación de la conformidad* es todo procedimiento utilizado, directa o indirectamente, para determinar que se cumplen las prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o normas.

Fuente: Anexo 1 del Acuerdo OTC.

El Acuerdo OTC reconoce que los gobiernos utilizan los reglamentos técnicos para alcanzar objetivos legítimos como los imperativos de la seguridad nacional, la prevención de prácticas que puedan inducir a error y la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal o del medio ambiente. Pero no deben elaborarse, adoptarse o aplicarse reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar uno o varios objetivos legítimos.

El artículo 2 del Acuerdo OTC establece una serie de principios que las instituciones del gobierno central han de adoptar al elaborar, adoptar y aplicar reglamentos técnicos. Esos principios son los siguientes:

- aplicación del trato NMF y el trato nacional con respecto a los reglamentos técnicos;
- utilización de las normas internacionales pertinentes como base de los reglamentos técnicos. Siempre que un reglamento técnico esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes y se elabore para alcanzar uno de los objetivos legítimos expresamente mencionados, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional;
- participación plena en la elaboración, por las instituciones internacionales con actividades de normalización, de normas internacionales;
- aceptación como equivalentes de los reglamentos técnicos de otros Miembros, siempre que esos reglamentos cumplan adecuadamente los objetivos de sus propios reglamentos nacionales;
- definición de los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas;
- información previa a los demás Miembros de la OMC y celebración de conversaciones con ellos acerca de sus observaciones en todos los casos en que un reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con el contenido técnico de las normas internacionales pertinentes, y siempre que dicho reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en su comercio; y
- pronta publicación o puesta a disposición de todos los reglamentos técnicos que hayan sido adoptados.

La mayoría de los principios aplicados por el Acuerdo OTC a los reglamentos técnicos son también aplicables a las normas voluntarias abarcadas por el *Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas* (anexo 3 del Acuerdo). Con arreglo al párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo OTC, los Miembros han de adoptar "las medidas razonables" que estén a su alcance para lograr que las instituciones con actividades de normalización existentes en su territorio o con las que estén relacionadas, acepten y cumplan ese Código de Buena Conducta. Además, los Miembros están obligados a no adoptar medidas que tengan por efecto obligar o alentar directamente a dichas instituciones con actividades de normalización a actuar de manera incompatible con el Código de Buena Conducta. Además de las obligaciones impuestas por los Miembros, las instituciones con actividades de normalización que hayan aceptado el Código de Buena Conducta asumen las disciplinas generales del Acuerdo OTC.

El Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio ha acordado una serie de principios relativos a la transparencia, apertura, imparcialidad y consenso, eficacia, pertinencia y coherencia y atención a los intereses de los países en desarrollo que aclaran y refuerzan el concepto de normas internacionales del Acuerdo y contribuyen al logro de sus objetivos.¹²⁷ Esos principios se consideran asimismo pertinentes a la elaboración de normas, directrices y recomendaciones internacionales para los procedimientos de valoración de la conformidad. Se considera más probable que las instituciones que actúan con arreglo a procedimientos abiertos, imparciales y transparentes, que abran la posibilidad de consenso de todas las partes interesadas de los territorios de, por lo menos, todos los Miembros, elaboren normas eficaces y pertinentes a escala mundial y contribuyan así al objetivo del Acuerdo de evitar obstáculos innecesarios al comercio.

Gran parte del Acuerdo OTC se refiere a los procedimientos de la evaluación de la conformidad, que son procedimientos técnicos -como el muestreo, la verificación, la inspección, la certificación- para confirmar que los

¹²⁷ Véase el anexo 4 del documento G/TBT/9 de la OMC, de fecha 13 de noviembre de 2000.

productos cumplen las prescripciones establecidas en los reglamentos técnicos y las normas. 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 que los procedimientos de evaluación de la conformidad no serán más estrictos ni se aplicarán de forma más rigurosa de lo necesario para dar la seguridad de que los productos están en conformidad con los reglamentos técnicos o las normas aplicables.

El artículo 5 del Acuerdo OTC prescribe el procedimiento que las instituciones del gobierno central han de seguir para evaluar la conformidad. Ese procedimiento abarca los siguientes elementos:

- aplicación del trato NMF y el trato nacional con respecto a diversos aspectos de los procedimientos de valoración de la conformidad, como la rapidez, las prescripciones relativas a la información, el carácter confidencial de las informaciones referentes a los productos, los derechos, el emplazamiento de las instalaciones utilizadas en los procedimientos de evaluación de la conformidad y la selección de muestras, el procedimiento para examinar las reclamaciones, etc.;
- utilización de las orientaciones o recomendaciones pertinentes publicadas por las instituciones internacionales con actividades de normalización como base en sus procedimientos de evaluación de la conformidad;
- participación en la elaboración por las instituciones internacionales con actividades de normalización de orientaciones o recomendaciones referentes a los procedimientos de evaluación de la conformidad;
- en todos los casos en que no exista una orientación o recomendación pertinente de una institución internacional con actividades de normalización, y siempre que el procedimiento de evaluación de la conformidad pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros, anuncio mediante un aviso en una publicación, en una etapa temprana, en que se notifique a los demás Miembros, facilitándoles copias del procedimiento en proyecto y previendo un plazo prudencial para que los demás Miembros formulen observaciones por escrito, y celebración de conversaciones sobre esas observaciones si así se les solicita y tomando en cuenta dichas observaciones escritas y los resultados de dichas conversaciones;
- pronta publicación o puesta a disposición de otra manera de todos los procedimientos de evaluación de la conformidad que se hayan adoptado.

Como se ha indicado en las secciones IIB y IIC, la multiplicidad de las pruebas de los productos aumentará los costos del comercio internacional. En consecuencia, el artículo 6 del Acuerdo OTC obliga a los Miembros a asegurarse de que se acepten los resultados de los procedimientos de evaluación de la conformidad de los demás Miembros siempre que tengan el convencimiento de que se trata de procedimientos que ofrecen un grado de conformidad equivalente al de sus propios procedimientos. A tal fin, se alienta a los Miembros a que concluyan acuerdos de mutuo reconocimiento de los resultados de sus respectivos procedimientos de evaluación de conformidad. Pero un requisito previo fundamental para el funcionamiento eficaz de un acuerdo de reconocimiento mutuo es la existencia de un elevado grado de confianza en las instituciones de los interlocutores comerciales encargadas de realizar las pruebas y llevar a cabo la certificación. En consecuencia, el Acuerdo OTC reconoce que puede ser necesaria la celebración de consultas para llegar a un entendimiento mutuamente satisfactorio acerca de la competencia de las instituciones encargadas de la evaluación de la conformidad.

Habida cuenta de que los países en desarrollo pueden tropezar con dificultades en la elaboración y aplicación de normas, el Acuerdo OTC prevé asistencia técnica y un trato especial y diferenciado para esos países.

El artículo 11 se refiere a la asistencia técnica que los Miembros de la OMC han de facilitar a los demás Miembros. El Acuerdo OTC contempla la posibilidad de que se facilite asistencia en relación con una serie de actividades, como la elaboración de reglamentos técnicos, la creación de instituciones nacionales con actividades de normalización y su participación en la labor de las instituciones internacionales con actividades de normalización, la creación de instituciones de reglamentación, o de instituciones de evaluación de la conformidad con los reglamentos técnicos y normas y el establecimiento de las instituciones y del marco jurídico que les permitan cumplir las obligaciones dimanantes de la condición de miembro de sistemas internacionales o regionales de evaluación de la conformidad o de participante en esos sistemas, etc.

Las disposiciones sobre trato especial y diferenciado del artículo 12 obligan a los Miembros de la OMC a asegurarse de que sus reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros, a reconocer que no debe esperarse de los países en desarrollo Miembros que utilicen como base de sus reglamentos técnicos o normas, incluidos los métodos de prueba, normas internacionales inadecuadas a sus necesidades en materia de desarrollo, a tomar medidas razonables para asegurarse de que las instituciones internacionales con actividades de normalización y los sistemas internacionales de evaluación de la conformidad faciliten la participación de las instituciones competentes de todos los Miembros, teniendo en cuenta los problemas especiales de los países en desarrollo Miembros.

b) Acuerdo MSF

El Acuerdo MSF es aplicable a las medidas sanitarias y fitosanitarias que pueden afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional (véase, en relación con la definición de las medidas sanitarias y fitosanitarias, el recuadro 15).

Recuadro 15: ¿Qué son medidas sanitarias o fitosanitarias?

Una medida sanitaria o fitosanitaria es toda medida aplicada:

- i) para proteger la vida y la salud de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;
- ii) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;
- iii) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; y
- iv) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

Fuente: Anexo A del Acuerdo MSF.

El Acuerdo MSF impone a los Miembros varias obligaciones básicas (artículo 2). La primera de ellas es la de asegurarse de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalearan condiciones idénticas o una restricción encubierta del comercio internacional. En segundo lugar, las medidas sólo han de aplicarse en cuanto sean necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, deben estar basadas en principios científicos y no pueden mantenerse sin testimonios científicos suficientes.

El Acuerdo MSF promueve la armonización entre los Miembros de las medidas sanitarias y fitosanitarias en el mayor grado posible, sobre la base de normas internacionales (artículo 3). La razón es que la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias impedirá su utilización para establecer una discriminación arbitraria o injustificable entre los Miembros o como restricción encubierta del comercio internacional.¹²⁸ Además, las normas internacionales reconocidas (Codex, CIPF y OIE) se basan en testimonios científicos suficientes. En esa armonización, los Miembros han de basar sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales cuando existan (véanse en el recuadro 16 ejemplos de las normas, directrices o recomendaciones internacionales especificadas en el Acuerdo MSF). De hecho, se considera que las medidas que están en conformidad con normas internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presume que son compatibles con las disposiciones del Acuerdo MSF.

¹²⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre *CE - Hormonas*, párrafo 177.

Pero, dado que no en todos los casos existen normas internacionales, los Miembros de la OMC pueden adoptar diferentes medidas sanitarias o fitosanitarias. No obstante, han de asegurarse de que sus medidas se basen en una evaluación de los riesgos existentes para la salud. Además, para que esas medidas no obstaculicen el comercio, el Acuerdo MSF obliga a los Miembros a aceptar como equivalentes las medidas sanitarias y fitosanitarias de otros Miembros si el país exportador demuestra al país importador que sus medidas logran el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del país importador (artículo 4).

Los requisitos de la evaluación del riesgo y de la existencia de testimonios científicos suficientes son esenciales para mantener el equilibrio en el Acuerdo MSF entre los intereses compartidos, aunque algunas veces competidores, de promover el comercio internacional y proteger la vida y la salud de los seres humanos y de los animales o preservar los vegetales.¹²⁹ En consecuencia, un Miembro de la OMC puede mantener o establecer medidas que lleven aparejadas normas más elevadas que las normas internacionales existentes si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria y fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado.

El artículo 5 del Acuerdo MSF expone los procedimientos y criterios para la evaluación del riesgo y la determinación de los niveles adecuados de protección sanitaria o fitosanitaria. Al evaluar los riesgos y determinar la medida que ha de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria hay que tener en cuenta tanto factores técnicos como económicos. Entre los primeros figuran los testimonios científicos existentes, los procesos y métodos de producción pertinentes, los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba, y la prevalencia de enfermedades o plagas concretas. Entre los segundos figuran el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada 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. Al determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros de la OMC deben tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio.

No obstante, el Acuerdo MSF reconoce también, en el párrafo 7 del artículo 5, la existencia de casos en los que los testimonios científicos serán insuficientes. En tales casos, los Miembros de la OMC podrán adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias de urgencia o cautelares, pero están obligados a obtener información adicional para una evaluación más objetiva del riesgo y a revisar las medidas en un plazo razonable.

Habida cuenta de que los países en desarrollo pueden encontrarse con dificultades en la elaboración y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, el Acuerdo prevé asistencia técnica y un trato especial y diferenciado para esos países. Cuando el riesgo permite el establecimiento gradual de medidas sanitarias o fitosanitarias, el trato especial y diferenciado lleva aparejada la concesión de plazos más largos con respecto a los productos cuya exportación interesa a esos países, así como la autorización, previa solicitud, de excepciones de duración limitada al cumplimiento de algunas obligaciones dimanantes del Acuerdo MSF.

Recuadro 16: Normas, directrices y recomendaciones internacionales

En materia de inocuidad de los alimentos, las normas, directrices y recomendaciones establecidas por la Comisión del Codex Alimentarius sobre aditivos alimentarios, residuos de medicamentos veterinarios y plaguicidas, contaminantes, métodos de análisis y muestreo, y códigos y directrices sobre prácticas en materia de higiene;

en materia de sanidad animal y zoonosis, las normas, directrices y recomendaciones elaboradas bajo los auspicios de la Oficina Internacional de Epizootias;

en materia de preservación de los vegetales, las normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas bajo los auspicios de la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria

¹²⁹ *Ibid.*

en colaboración con las organizaciones regionales que operan en el marco de dicha Convención Internacional; y

en lo que se refiere a cuestiones no abarcadas por las organizaciones mencionadas *supra*, las normas, recomendaciones y directrices apropiadas promulgadas por otras organizaciones internacionales competentes, en las que puedan participar todos los Miembros, identificadas por el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.

Fuente: Anexo A del Acuerdo MSF.

c) Relación con el GATT de 1994

El GATT de 1994 contiene 38 artículos y cuenta con una dilatada historia jurisprudencial. En consecuencia, el hecho de que en la presente sección sólo se analicen específicamente tres artículos -el artículo III (Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores), el artículo XI (Eliminación general de las restricciones cuantitativas) y el artículo XX (Excepciones generales)- entraña un cierto grado de simplificación. No obstante, las diferencias concernientes a los Acuerdos MSF y OTC van siempre unidas a alegaciones de que las medidas impugnadas son incompatibles con alguno de esos artículos.

El artículo III es una de las disposiciones más importantes del GATT de 1994 y obliga a los Miembros de la OMC a no aplicar impuestos o reglamentos internos a los productos importados de manera que se proteja la producción nacional. Así pues, los Miembros de la OMC deben otorgar a los productos importados un trato no menos favorable que el concedido a los productos similares producidos en el país. Una importante vinculación con las obligaciones establecidas en los Acuerdos OTC y MSF se deriva de las prescripciones que prohíben utilizar los reglamentos técnicos y las medidas sanitarias o fitosanitarias como medio de protección de la rama de producción nacional.

El artículo XI del GATT obliga a los Miembros de la OMC a no imponer a las importaciones procedentes de cualquier otro Miembro prohibiciones o restricciones distintas de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas. La vinculación con los Acuerdos OTC y MSF se hace presente cuando la aplicación del reglamento técnico o la medida sanitaria o fitosanitaria tiene por efecto la prohibición o restricción de la importación de los productos que no se ajustan al reglamento o a la medida sanitaria o fitosanitaria.

Por último, el artículo XX del GATT autoriza a los Miembros de la OMC a adoptar o aplicar medidas destinadas a garantizar una serie de objetivos de política -con inclusión de las necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales o relativas a la conservación de los recursos naturales agotables- siempre que las medidas no se apliquen 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. Algunos de los objetivos citados en el artículo XX son idénticos a los enumerados en los Acuerdos OTC y MSF, y los Miembros podrían recurrir al artículo XX para amparar sus medidas en el ámbito de los obstáculos técnicos al comercio. No obstante, el Acuerdo MSF declara expresamente que en él se elaboran normas para la aplicación del apartado b) del artículo XX y que se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones del Acuerdo MSF están en conformidad con las obligaciones de los gobiernos en virtud de las disposiciones del GATT relacionadas con las medidas sanitarias o fitosanitarias, por lo que se considera que es más específico que el apartado b) del artículo XX del GATT, por lo que tiene prioridad en lo que respecta a las medidas sanitarias o fitosanitarias.

2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO Y JURÍDICO

Los Miembros de la OMC se han comprometido a asegurarse de que los reglamentos técnicos y las normas no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional, sin perjuicio de reconocer que no debe impedirse a los gobiernos que utilicen normas para alcanzar otros objetivos legítimos de política, lo que implica que,

en caso de que se plantee una diferencia, puede pedirse a un grupo especial que distinga entre una norma "legítima" y una norma "ilegítima", es decir, una norma incompatible con el derecho de la OMC. Hemos expuesto brevemente antes los textos jurídicos en los que se basará una decisión al respecto. En el presente apartado se hace un análisis más detallado de algunos de los conceptos fundamentales que pueden tener importancia en un análisis jurídico de una diferencia concerniente a las normas. Se ha intentado comparar ese concepto con los conceptos conexos del análisis económico expuesto en la sección IIB.

a) Establecimiento de un equilibrio frente a maximización del bienestar

La exposición de la sección IIB ha puesto de manifiesto que una norma destinada a corregir una disfunción del mercado -ya se trate de la información asimétrica en el caso de la seguridad de los productos o de una externalidad de la producción relacionada con la protección del medio ambiente- puede tener efectos negativos en el comercio. La corrección de la disfunción del mercado tiene un efecto beneficioso sobre la economía, en tanto que un efecto negativo sobre el comercio tiende a provocar pérdidas para la economía de que se trata. La aplicación de la norma suele implicar también costos, con la consiguiente pérdida para la economía. Desde el punto de vista de los economistas, el instrumento de "política óptima" establecería el mejor equilibrio posible entre los efectos positivos derivados de un mejor funcionamiento del mercado, de un lado, y los costos que entrañan la aplicación de la medida y los posibles efectos negativos sobre el comercio, de otro.¹³⁰

La idea del "establecimiento de un equilibrio" está presente también en la jurisprudencia de la OMC. Aunque no hay en el GATT ningún texto expreso que autorice ese criterio, el "establecimiento de un equilibrio" entre una serie de factores ha sido mencionado expresamente en casos en los que se ha recurrido al apartado d) del artículo XX del GATT al interpretar el término "necesaria". En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

"En suma, la determinación de si una medida que no es 'indispensable' puede no obstante ser 'necesaria' en el sentido del apartado d) del artículo XX entraña en cada caso un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores entre los que figuran principalmente la contribución de la medida para lograr la observancia de la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones."

El "establecimiento del equilibrio" implica en ambos casos elementos similares: el efecto positivo de la norma en relación con el objetivo de política y el efecto, posiblemente negativo, sobre el comercio. En el primer caso, la finalidad del proceso es determinar la política que garantiza la obtención del máximo bienestar de la economía nacional (y que se supone que tiene en cuenta el bienestar de todos y cada uno de los agentes que actúan en la economía). En el segundo, el objetivo es determinar si una política es compatible con el ordenamiento de la OMC.

Se ha aducido en diversos trabajos que los dos procesos deben producir resultados similares, en el sentido de que hay que sospechar que los instrumentos de política general que no son óptimos desde el punto de vista del bienestar nacional son incompatibles con el ordenamiento de la OMC.¹³¹ Este argumento tiene sentido si se parte del supuesto de que la finalidad de las normas jurídicas sobre el comercio multilateral es impedir la adopción de medidas de política general que se utilizan para dar artificialmente a los productores nacionales una ventaja competitiva. En general, esas medidas proteccionistas serían también malas desde el punto de vista del bienestar nacional, por cuanto los consumidores nacionales acabarían siendo quienes pagaran el precio de no poder comprar a productores extranjeros que venden productos más baratos. Las pérdidas de los consumidores suelen ser mayores que los posibles beneficios de los productores nacionales.¹³²

¹³⁰ De forma más precisa podría decirse que el instrumento de política óptima garantiza que el aumento marginal de bienestar y la pérdida marginal de bienestar generadas por las medidas sean iguales.

¹³¹ Véase Mattoo y Subramanian (1998). En realidad, los autores aplican este argumento al artículo III del GATT, pero cabría perfectamente aplicarlo también al artículo XX. Hay un análisis de las diferencias y similitudes de las interpretaciones dadas a los artículos III y XX del GATT en la jurisprudencia y en las obras pertinentes en Jansen y Keck (2005).

¹³² Hay excepciones a esta regla, como se ha analizado en las obras sobre el comercio estratégico (Brander y Spencer, 1985) o en el caso de grandes países (argumento del arancel óptimo).

En consecuencia, las políticas concebidas de esa forma no serían políticas óptimas desde el punto de vista del bienestar nacional. En este caso el sistema multilateral de comercio contribuiría implícitamente a proteger a los gobiernos y en último término a los consumidores de los efectos, posiblemente perjudiciales desde el punto de vista económico, de las presiones ejercidas por los productores.

No obstante, este argumento hace abstracción de la posibilidad de que lo que es bueno para un país no lo sea necesariamente para su interlocutor comercial ni para el conjunto del sistema multilateral de comercio. En presencia de disfunciones del mercado como las analizadas en la sección IIB, es posible que políticas que son óptimas desde el punto de vista nacional generen pérdidas a los interlocutores comerciales. También es posible que esas pérdidas sean mayores que los beneficios obtenidos por el país que establece la política. Dicho de otra forma, políticas que son óptimas desde el punto de vista nacional pueden no serlo desde el punto de vista mundial.¹³³ En consecuencia, se plantea la cuestión de si debe considerarse o no que esas políticas son compatibles con el sistema multilateral de comercio.

En el siguiente apartado se hace un análisis más detallado del enfoque económico basado en el establecimiento de un “equilibrio” en el contexto de la maximización del bienestar nacional, y a continuación un análisis del “establecimiento de un equilibrio” en la jurisprudencia de la OMC.

i) Instrumentos de política de “maximización del bienestar”

Si se acepta que el establecimiento de un equilibrio que supone la determinación de un instrumento de política óptima a escala nacional puede servir de punto de referencia para el análisis jurídico de las diferencias de la OMC concernientes a las normas, se plantea la cuestión de la forma de aplicar ese enfoque. Dicho de otra forma, se plantea la cuestión de si puede utilizarse el razonamiento económico relativo a los instrumentos de política óptima para el análisis jurídico cuando se trata de diferencias concernientes a normas, y de ser así, en qué medida. Desgraciadamente, no siempre es posible medir los efectos de todos los distintos factores que cumplen una función en la determinación del instrumento de política óptimo. En consecuencia, por regla general resultará difícil a los economistas definir el diseño exacto de la mejor opción política posible. No obstante, los economistas tienen algunas ideas acerca de los casos en que un instrumento sirve mejor que otro para establecer un equilibrio.

En el caso de la seguridad de los productos, existe una amplia gama de instrumentos para garantizar un determinado nivel. Diferentes instrumentos suponen diferentes niveles de intervención estatal, diferentes mecanismos para solucionar el problema de información subyacente y diferentes efectos sobre el funcionamiento de los mercados.

En muchos casos los proveedores pueden destacar la calidad del producto, por ejemplo, mediante la utilización de garantías para ese producto. Al ofrecer un nivel mayor de garantías del producto los proveedores ponen de relieve una mayor confianza en la calidad, en este caso concreto la seguridad, de su producto y corrigen así en cierta medida la asimetría de información subyacente. La intervención del gobierno en relación con este tipo de instrumento es muy escasa y se limita a establecer el sistema jurídico en el que el proveedor garantiza la función. En consecuencia, la corrección de la disfunción del mercado se deja en gran medida en manos del sector privado, y es poco probable que ese instrumento tenga grandes efectos de distorsión del mercado en general y de las corrientes comerciales en particular. Es poco probable que este instrumento lleve a resultados deseables en el caso de los bienes de confianza.

Los sistemas privados de etiquetado permitirían a los consumidores diferenciar entre productos de mayor o menor nivel de seguridad. Al igual que en el caso de las garantías, los proveedores ponen de relieve ante los consumidores la calidad del producto. En la mayoría de los casos, la etiqueta estará relacionada con las características del producto, garantizadas por los proveedores. En tanto que las políticas de garantía suelen ser obra de los proveedores individuales, normalmente es un grupo de proveedores el que se adhiere a un sistema privado de etiquetado. La intervención del gobierno es necesaria para establecer el entorno jurídico en el que funcionan los sistemas privados de etiquetado. En comparación con las garantías, los sistemas privados

¹³³ Véase el enfoque adoptado en Battigalli y Maggi (2003), analizado anteriormente.

de etiquetado pueden tener un efecto más acusado en las corrientes comerciales, por cuanto obligan a los productores extranjeros a optar por un sistema, o a no adherirse a ningún sistema en absoluto, en tanto que en el caso de las garantías son completamente libres de elegir una política individual. Pero es posible que la aplicabilidad de esos sistemas a los bienes de confianza también sea limitada.

Los sistemas públicos de etiquetado voluntario funcionan de forma muy similar a los sistemas privados de etiquetado. La principal diferencia estriba en que el gobierno decide qué características del producto merecen cada uno de los tipos de etiqueta y controla la utilización de la política de etiquetado. El etiquetado público puede ser menos flexible que el privado y, por consiguiente, las políticas de etiquetado público pueden adaptarse más lentamente a las variaciones del mercado. Pero este tipo de intervención pública tiene sentido en los mercados de productos que tienen las características de los bienes de confianza. Se ha puesto de manifiesto en las secciones anteriores que en esos mercados cabe que los sistemas privados de etiquetado no pueden funcionar, porque los productores tienen incentivos para engañar.

La diferencia entre los sistemas públicos de etiquetado obligatorio y de etiquetado voluntario estriba en que en el primer caso se etiquetan los productos de menos calidad (en el presente caso de menor seguridad) y en el segundo los productos de la gama superior. La utilización de una u otra política no debe tener efectos significativos en los resultados del mercado. En ambos casos cabe prever que los productos "más seguros" obtengan un sobreprecio en el mercado. Pero las dos políticas pueden tener consecuencia diferentes en lo que respecta a lo que los productores han de pagar como costos de etiquetado.

Una norma mínima tiene efectos más acusados en los resultados del mercado, por cuanto excluye fundamentalmente de éste a determinados tipos de productos. Para ser vendidos en el mercado, los productos han de garantizar un cierto nivel mínimo de seguridad. Los productos que no pueden cumplir esos criterios no pueden venderse. Es probable que esa política tenga repercusiones más acusadas en las corrientes comerciales que las políticas mencionadas hasta ahora, pero puede estar justificada si los riesgos que corren los consumidores al utilizar los productos de menos calidad son significativos. En tal caso, el gobierno tal vez desee eliminar cualquier posibilidad de que los productos que entrañan esos riesgos sean consumidos eliminándolos simplemente del mercado.

Los párrafos anteriores ponen de manifiesto que diferentes instrumentos de política pueden tener mayores o menores efectos de restricción del comercio. Los economistas aceptarían la utilización de los instrumentos que entrañan mayores restricciones del comercio cuanto más grave sea la disfunción del mercado (bienes de confianza frente a bienes de experiencia) y cuanto más probables y mayores sean los posibles efectos negativos sobre los consumidores de la utilización de productos de escasa seguridad.¹³⁴ El instrumento de maximización de bienestar sería un instrumento que igualara (consiguiera un perfecto "equilibrio") el costo marginal de la introducción del instrumento, incluidos los posibles efectos negativos sobre el comercio, y sus beneficios marginales desde el punto de vista de la reducción del riesgo.

ii) *El establecimiento de un equilibrio en la jurisprudencia de la OMC*

Como se ha indicado antes, no hay en el GATT un texto expreso que permita un criterio de equilibrio. Pero el establecimiento de un "equilibrio" entre una serie de factores ha sido mencionado expresamente, por ejemplo, en casos en que se recurrió al apartado d) del artículo XX del GATT al interpretar el término "necesarias". Ese término aparece también en el apartado b) del artículo XX. El texto de esos apartados es el siguiente:

"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:

¹³⁴ De ello se infiere que han de llevarse a cabo evaluaciones del riesgo para determinar la posible magnitud de esos efectos negativos y la probabilidad de que se produzcan. En el apartado c) se analiza más detalladamente la evaluación del riesgo.

- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, 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;"

En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* (véase el recuadro 17) el Órgano de Apelación declaró que "un intérprete de tratados que evalúe una medida que se alegue necesaria para lograr la observancia de una ley o reglamento compatible con la OMC puede, en casos apropiados, tener en cuenta la importancia relativa de los intereses o valores comunes que la ley o el reglamento que se deban hacer cumplir estén destinados a proteger". En realidad, el Órgano de Apelación establece, de forma bastante explícita, un criterio basado en el equilibrio. El Órgano de Apelación considera el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido: "cuanto mayor sea la contribución, más fácil será considerar que la medida es 'necesaria'".¹³⁵

Recuadro 17: El "Equilibrio" en Corea - *Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* (WT/DS161, 169)

El asunto *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* concernía a diversas medidas adoptadas por Corea que afectaban a las importaciones de carne vacuna y al mercado interno de carne vacuna de ese país. Como consecuencia de una de esas medidas se había establecido un sistema dual de venta al por menor de la carne vacuna. Con arreglo a ese sistema, la mayoría de la carne vacuna importada tenía que venderse en tiendas especializadas que vendían únicamente carne vacuna importada, aunque podían vender otros productos cárnicos (nacionales y extranjeros) o en grandes tiendas, como grandes almacenes y supermercados, en los que la carne vacuna importada debía almacenarse en áreas de venta distintas. Las tiendas que vendían carne vacuna importada debían exhibir un cartel que indicara "Tienda especializada en la venta de carne vacuna importada" para distinguirse de los establecimientos de venta de carne vacuna nacional.

Con respecto a este sistema dual de venta al por menor, el Grupo Especial constató que esta medida daba lugar a que las importaciones recibieran un trato menos favorable, con infracción de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT y no estaba justificada por el apartado d) del artículo XX del GATT. Corea apeló contra esta constatación, pero el Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Grupo Especial de que el sistema dual de venta al por menor de Corea no era "necesario" para garantizar la observancia de la Ley sobre la Competencia Desleal, por lo que no estaba justificado por el apartado d) del artículo XX del GATT.

El objeto de la Ley sobre Competencia Desleal de Corea era, entre otros, la prevención de las prácticas engañosas. En este caso, la práctica engañosa que se suponía que se prevenía mediante el sistema dual de venta al por menor era la práctica de falsa indicación del origen de la carne vacuna, es decir, la venta de carne vacuna importada como carne vacuna nacional, práctica que resulta rentable comercialmente debido a la diferencia de precios.

El Grupo Especial adujo que para demostrar que el sistema dual de venta al por menor era "necesario" para garantizar la observancia de la Ley, Corea tenía que demostrar que no existía en ese momento, en términos razonables, ninguna medida compatible con la OMC que pudiera utilizarse como alternativa para hacer frente a las falsas indicaciones del origen de la carne vacuna en el mercado de venta al por menor. El Grupo Especial juzgó que Corea no había hecho la debida demostración por dos razones relacionadas entre sí. En primer lugar, Corea no estimó "necesario" establecer "sistemas duales de venta al por menor"

¹³⁵ Véase también la cita anterior del Órgano de Apelación en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*.

para evitar que tuviesen lugar casos semejantes de falsas indicaciones en otros sectores de su economía nacional, por ejemplo, en el caso de la carne de ganado bovino lechero nacional. En segundo lugar, Corea no había probado a satisfacción del Grupo Especial que no hubiesen sido suficientes medidas distintas del sistema dual de venta al por menor y compatibles con el Acuerdo sobre la OMC para hacer frente a los casos de falsa indicación del origen de la carne vacuna importada. A este respecto, se analizaron varias medidas alternativas que comprendían las referentes a etiquetado, mantenimiento de registros, incoación de procedimiento penal y multas, medidas que serían eficaces para el descubrimiento y prevención de prácticas que pudieran inducir a error acerca del origen de la carne vacuna.

El Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial y señaló que el “proceso de sopesar y confrontar” factores esbozados en el cuerpo de la presente sección está comprendido en el enfoque adoptado por el Grupo Especial.

En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación se remitió a su decisión en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* al declarar lo siguiente:

“En el asunto que se examina, el objetivo que se persigue con la medida es proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos que entrañan para la salud y la vida de las personas las fibras de amianto. El objetivo perseguido es vital y de la máxima importancia. La cuestión que queda por resolver es, pues, si existe una medida alternativa que permita lograr el mismo fin que la prohibición pero que sea menos restrictiva para el comercio.”

En el recuadro 18, que figura a continuación, se analiza el asunto del amianto en relación con el requisito de necesidad.

Recuadro 18: *CE - Amianto (WT/DS135)* y el requisito de necesidad

Antecedentes

En diciembre de 1996, Francia adoptó un Decreto que establecía una prohibición del amianto para proteger la salud de los trabajadores y de los consumidores. Amianto es el nombre que recibe un grupo de minerales sumamente fibrosos cuyas fibras son separables, largas y estrechas. En 1998, el Canadá, el mayor importador mundial y segundo productor mayor de amianto (después de Rusia) alegó que el Decreto francés violaba varios artículos del GATT y del Acuerdo OTC, por lo que presentó una reclamación ante el OSD.

Necesidad

Entre las cuestiones examinadas en este caso, resultó decisiva la cuestión de la necesidad en relación con el artículo XX del GATT. A este respecto, el Grupo Especial constató que el Decreto estaba justificado de conformidad con el apartado b) del artículo XX del GATT como medida necesaria “para proteger la salud y la vida de las personas”. En su apelación, presentada en octubre de 2002, el Canadá impugnó esta conclusión por dos razones.

En primer lugar, el Canadá puso en tela de juicio las pruebas de que el amianto representa un riesgo para la salud pública. En este caso, según el Canadá, no es necesaria una medida que proteja la vida o la salud. No obstante, el Órgano de Apelación confirmó la decisión del Grupo Especial basándose en que la opinión científica mayoritaria coincide en que el amianto representa un grave riesgo para la salud de las personas.

En segundo lugar, y en contra de lo constatado por el Grupo Especial, el Canadá alegaba que el “uso controlado” del amianto constituía una alternativa a la que se podía recurrir razonablemente. A este

respecto, el Órgano de Apelación rechazó también el argumento del Canadá por dos razones. En primer lugar, de acuerdo con el análisis del apartado b) del artículo XX realizado en el asunto *Corea - Carne vacuna* (véase el recuadro 17) el Órgano de Apelación consideró que el objetivo perseguido, en concreto, la preservación de la vida y la salud de las personas, era “vital y de la máxima importancia” y, en consecuencia, sostuvo que resultaba más fácil a las CE probar la necesidad de la medida en litigio, la prohibición del amianto. En segundo lugar adujo que todavía no se había demostrado la eficacia del “uso controlado” para alcanzar el objetivo perseguido. En consecuencia, el Órgano de Apelación concluyó que no existía ninguna alternativa que estuviera razonablemente al alcance de Francia y confirmó la decisión del Grupo Especial de que las CE habían demostrado que el Decreto era efectivamente necesario en el sentido del artículo b) del artículo XX del GATT. El informe de apelación fue adoptado en abril de 2001.

La necesidad de equilibrio se refleja también en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que prescribe que “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”. Se ha aducido que es razonable prever que la interpretación de este párrafo sea en el futuro paralela a la establecida en el marco del criterio de necesidad del artículo XX.¹³⁶ Hay que señalar que hacia el final de las negociaciones de la Ronda Uruguay figuraba en el proyecto de párrafo 2 del artículo 2 una nota de pie de página en la que se decía: “Esta disposición tiene por objeto velar por la proporcionalidad entre los reglamentos, por un lado, y, por otro, los riesgos que crearía no alcanzar objetivos legítimos.” Esa nota no aparece ya en el texto actual del Acuerdo OTC.

En el Acuerdo MSF la idea de “equilibrio” parece reflejarse en el párrafo 6 del artículo 5: “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”.¹³⁷ Además, la nota 3 a ese artículo añade lo siguiente: “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.”

En *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación declaró que el párrafo 6 del artículo 5 y, en particular, la nota de pie de página correspondiente, “establece claramente un triple criterio para establecer la existencia de una violación del párrafo 6 del artículo 5”. La parte reclamante debe probar que existe una medida alternativa “1) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; 2) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; y 3) que sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada”. El Órgano de Apelación añadió lo siguiente:

“Esos tres elementos son acumulativos, en el sentido de que para establecer la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5, es necesario que concurran todos ellos. En caso de que no concurriera alguno de esos elementos, la medida en litigio sería compatible con el párrafo 6 del artículo 5. Así pues, en caso de que no haya ninguna otra medida disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, de que con esa medida alternativa no se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro, o de que la medida en cuestión no sea significativamente menos restrictiva del comercio, la medida en litigio será compatible con el párrafo 6 del artículo 5.”

¹³⁶ Marceau y Trachtman (2002).

¹³⁷ Ese concepto se refleja también en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF: “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, [...]”

Recuadro 19: Australia - Salmón (WT/DS18) y el artículo 5 del Acuerdo MSF

En 1975, Australia adoptó una medida de cuarentena en virtud de la cual se exigía que los productos de salmón fresco, refrigerado y congelado fueran termotratados para determinadas duraciones y a determinadas temperaturas antes de ser importados en Australia. Esta medida estaba destinada a prevenir la propagación de ictiopatías entre la población de salmones de Australia. A consecuencia de esa medida, las importaciones de salmón se limitaron al salmón ahumado y enlatado.

En 1994, el Canadá instó a Australia a que realizara una evaluación del riesgo de las importaciones con respecto a las importaciones de salmón salvaje del Pacífico. Al justificar su petición, el Canadá alegó, entre otras cosas, que la evisceración del salmón (frente al termotratamiento) es una práctica generalmente aceptada para prevenir eficazmente la propagación de enfermedades, por lo que no se requeriría ninguna otra medida. Aunque dos versiones preliminares del informe de la evaluación realizada por Australia llegaron a la conclusión de que debían permitirse las importaciones de salmón, la versión final del informe, publicada en 1996, recomendó que se mantuviera la prohibición.

En 1997, el Canadá presentó una reclamación ante el OSD. En 1998, el Grupo Especial constató que la prohibición impuesta por Australia a las importaciones de salmón fresco, refrigerado y congelado procedentes del Canadá era incompatible con los artículos XI y XIII del GATT y con los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo MSF. No obstante, con arreglo a la jerarquía de los Acuerdos de la OMC, bastó al Grupo Especial que se probara la incompatibilidad con el artículo más específico y pertinente del Acuerdo más específico y pertinente, que en este caso era el artículo 5 del Acuerdo MSF. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que la medida en litigio era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 (y como consecuencia, con el párrafo 2 del artículo 2) al no estar basada en una evaluación del riesgo. El Grupo Especial constató también que la medida infringía el párrafo 5 del artículo 5 (y como consecuencia, el párrafo 3 del artículo 2) por cuanto la medida adoptaba distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección en situaciones diferentes pero comparables, que tenían por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Por último, el Grupo Especial declaró que la medida infringía el párrafo 6 del artículo 5, puesto que entrañaba un grado de restricción mayor que el necesario. Australia apeló contra la resolución del Grupo Especial.

En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 5, el Órgano de Apelación revocó la decisión del Grupo Especial y declaró que éste no había examinado la medida de que se trataba realmente (la "prohibición de las importaciones") sino otra, la "prescripción del termotratamiento". No obstante, al examinar la medida "correcta" el Órgano de Apelación concluyó que también violaba el párrafo 1 del artículo 5, por cuanto no estaba basada en una evaluación del riesgo, que exigía: 1) la identificación de las posibles enfermedades que habrían de prevenirse con una medida sanitaria o fitosanitaria; 2) la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como de las posibles consecuencias conexas; y 3) la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de las enfermedades según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse. El Órgano de Apelación señaló que Australia no cumplía los requisitos segundo y tercero y, en consecuencia, llegó a la misma conclusión que el Grupo Especial.

El Órgano de Apelación constató además que la medida en litigio no se ajustaba a todos los elementos (acumulativos) del párrafo 5 del artículo 5, por cuanto: 1) el Miembro adopta diferentes niveles adecuados de protección sanitaria en varias "situaciones diferentes"; 2) esos niveles de protección ponen de manifiesto distinciones "arbitrarias o injustificables"; 3) la medida que incorpora esas distinciones tiene por resultado una "discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional". El Órgano de Apelación examinó las importaciones de otros productos de la pesca (arenque, bacalao, eglefino, etc.) comparables a las importaciones de salmón desde el punto de vista de los riesgos que presentan y observó que Australia daba a esas situaciones diferentes un tratamiento mucho más indulgente que a las importaciones de salmón, y que esas distinciones eran "arbitrarias e injustificables" y constituían

una “restricción encubierta del comercio internacional”. En consecuencia, el Órgano de Apelación, como había hecho el Grupo Especial, constató que Australia había actuado de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 (y, como consecuencia, con el párrafo 3 del artículo 2).

Por último, el Órgano de Apelación señaló que los tres elementos que llevaban a la constatación de la existencia de una violación del párrafo 6 del artículo 5 son: 1) la existencia de una medida, razonablemente disponible, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; 2) que con esta medida se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; 3) que esta medida sea significativamente menos restrictiva del comercio que la medida impugnada. En tanto que el Grupo Especial constató que existían esas alternativas, el Órgano de Apelación observó que la información fáctica contenida en el informe final de 1996, en relación con el nivel de protección que se conseguía por esas alternativas disponibles, era insuficiente para llegar a la conclusión de que tales alternativas permitirían conseguir el mismo nivel de protección, en concreto un nivel de «riesgo cero», que la prohibición de las importaciones de salmón. En consecuencia, el Órgano de Apelación no confirmó la constatación del Grupo Especial de que Australia había actuado de forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5.

b) Coherencia

A pesar de la clara preferencia por las normas internacionales, los Miembros de la OMC pueden establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria contra los riesgos para la vida o la salud de las personas o de los animales o la preservación de las plantas.¹³⁸ No obstante, las medidas sanitarias o fitosanitarias no pueden mantenerse “sin testimonios científicos suficientes” y deben basarse en una evaluación del riesgo.¹³⁹ El párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF declara lo siguiente:

“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.”

Esta obligación está relacionada con el objetivo de lograr coherencia en el nivel de riesgo que un Miembro puede aceptar con respecto a “diferentes situaciones”. Se trata de evitar supuestos en los que un Miembro -sin establecer distinciones explícitas basadas en el origen- impone un nivel muy alto de protección con respecto a una situación o producto y se muestra al mismo tiempo muy indulgente con respecto a otras situaciones o productos a pesar de que representen idéntico peligro (o un peligro aún mayor).¹⁴⁰ Este comportamiento “no coherente” debe, en el mejor de los casos, suscitar la sospecha de que el objetivo de la medida sanitaria o fitosanitaria pertinente no es la protección o la salud o la vida en el país, sino la discriminación de los proveedores extranjeros.

La jurisprudencia ha establecido que para que haya una violación del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF es necesario que concurran los tres elementos siguientes:

1. que el Miembro de que se trate adopte distintos niveles adecuados de protección sanitaria en varias “diferentes situaciones”;
2. que aquellos niveles de protección demuestren diferencias que son “arbitrarias o injustificables”; y
3. que la medida que comprenda esas diferencias tenga por resultado una “discriminación o restricción encubierta del comercio internacional”.¹⁴¹

¹³⁸ Véase el párrafo 199 del informe del Órgano de Apelación en *Australia - Salmón*, así como WTO (2000a).

¹³⁹ Párrafo 2 del artículo 2 y párrafos 1 a 3 del artículo 5 del Acuerdo MSF, como se expone más detalladamente en el próximo apartado.

¹⁴⁰ Pauwelijn (1999).

¹⁴¹ *Australia - Salmón*, informe del Grupo Especial, párrafo 8.108; informe del Órgano de Apelación, párrafo 140.

Los primeros dos elementos son los que tienen una relación más directa con el concepto de “coherencia”. En particular, se plantea la cuestión de la forma de interpretar el concepto de “diferentes situaciones”. En *CE - Hormonas*, el Grupo Especial constató que las situaciones que debían compararse eran aquellas “en las que se trate de la misma sustancia o del mismo efecto perjudicial para la salud”.¹⁴² En ese asunto se comparó el reglamento sobre la utilización de las hormonas administradas al ganado vacuno para promover su crecimiento con la reglamentación de las mismas hormonas presentes de forma natural en el ganado vacuno y otros productos (como la leche y los huevos) o administradas con otros fines, así como la utilización de estimulantes del crecimiento en la producción porcina. En *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación constató que las situaciones que entrañan un riesgo de “la misma enfermedad o de una enfermedad similar”, y las situaciones con un riesgo de “posibles consecuencias biológicas y económicas conexas que son las mismas o similares” tienen elementos comunes que son suficientes para hacerlas comparables en el marco del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Dado que los arenques, los peces vivos ornamentales y el salmón tenían todos ellos al menos una enfermedad en común, el Grupo Especial comparó los diferentes “niveles adecuados de protección” elegidos por Australia con respecto a esos productos. Así, se comparó la prohibición de las importaciones en el caso del salmón con los escasos controles de la entrada de arenques enteros utilizados congelados como cebo y con la autorización de la importación de peces vivos ornamentales.¹⁴³

Recuadro 20: *CE - Hormonas (WT/DS26, WT/DS48)* y el requisito de *coherencia*

Antecedentes

Las Comunidades Europeas (CE) adoptaron una serie de Directivas del Consejo que tuvieron por efecto la prohibición de la importación y comercialización de la carne y los productos cárnicos tratados con alguna de las seis hormonas utilizadas para estimular el crecimiento. Tres de esas hormonas se producen naturalmente en los animales (estradiol-17 β , progesterona y testosterona), en tanto que las otras tres son sintéticas (trembolona, zeranol y acetato de melengestrol).

En 1996, en sus reclamaciones ante el OSD, los Estados Unidos primero y luego el Canadá adujeron que esta prohibición infringía los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo MSF y el artículo 2 del Acuerdo OTC. Los Estados Unidos alegaron además que las medidas en cuestión infringían los artículos I y III del GATT, en tanto que el Canadá sostuvo que violaban los artículos III y XI del GATT. Puesto que las medidas impugnadas por los Estados Unidos y el Canadá eran las mismas, se estableció un único Grupo Especial. Se emitieron dos informes similares pero no idénticos; en ambos se concluía que las medidas de las CE eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 3 y los párrafos 1 y 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Las CE apelaron contra la decisión del Grupo Especial en septiembre de 1997.

Coherencia

La constatación de que las medidas de las CE en litigio infringían el párrafo 5 del artículo 5 es pertinente como ejemplo de la forma en que se ha evaluado la observancia del principio de coherencia.

En su informe, el Órgano de Apelación declaró que para que pueda constatarse una violación del párrafo 5 del artículo 5 son necesarios tres elementos: 1) que el Miembro adopte diferentes niveles adecuados de protección sanitaria en varias “situaciones diferentes”; 2) que esos niveles de protección pongan de manifiesto distinciones “arbitrarias o injustificables”; 3) que la medida que incorpora esas distinciones tenga por resultado una “discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional”.

¹⁴² Párrafo 8.176, reclamación de los Estados Unidos y párrafo 8.179, reclamación del Canadá. Hay que señalar que este criterio jurídico fue confirmado por el Órgano de Apelación, pero éste revocó su aplicación por el Grupo Especial (véase el recuadro 20).

¹⁴³ Esta interpretación más bien amplia del concepto de “diferentes situaciones” en *CE - Hormonas* y *Australia - Salmón* contrasta con los conceptos, más restrictivos, de los productos “similares” y del producto “directamente competidor o que puede [sustituir] directamente [a otro]” del GATT (Pauwelij, 1999 y Pienaar, 2003).

Al examinar el primer elemento, el Órgano de Apelación señaló que son comparables entre sí las situaciones en las que se trata de la misma sustancia o que entrañan el mismo efecto perjudicial para la salud. El Órgano de Apelación se basó en el análisis del Grupo Especial, que había identificado cinco situaciones que eran comparables pero que ponían de manifiesto niveles diferentes de protección: 1) el nivel de protección con respecto a las hormonas naturales cuando se administran para estimular el crecimiento; 2) el nivel de protección con respecto a las hormonas naturales presentes de forma endógena en la carne y otros alimentos; 3) el nivel de protección con respecto a las hormonas naturales utilizadas con fines terapéuticos o zootécnicos; 4) el nivel de protección con respecto a las hormonas sintéticas (zeranol y trembolona) cuando se utilizan para estimular el crecimiento; y 5) el nivel de protección con respecto a agentes antimicrobianos (carbadox y olaquinox).

El Órgano de Apelación examinó a continuación el segundo elemento, si los niveles de protección ponían de manifiesto distinciones arbitrarias e injustificables en el tratamiento dado a esas situaciones diferentes. Había, según el Órgano de Apelación, una distinción fundamental entre las hormonas añadidas utilizadas para estimular el crecimiento (situaciones 1) y 4)) y las hormonas producidas naturalmente (situación 2)), lo que justificaba diferentes niveles de protección en cada una de esas situaciones, porque en el último caso era imposible limitar los residuos. A este respecto, el Órgano de Apelación discrepó del Grupo Especial, que había calificado de "arbitrarias o injustificables" las diferencias de trato entre esas tres situaciones. No obstante, el Órgano de Apelación constató que los niveles de protección en las situaciones 1) y 4) ponían de manifiesto distinciones arbitrarias e injustificables con respecto a los aplicados en la situación 5). A este respecto, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial.

Tras haber constatado que el nivel de protección ponía de manifiesto distinciones "arbitrarias e injustificables" entre, por lo menos, dos situaciones comparables, el Órgano de Apelación había de examinar si se cumplía el tercer requisito, es decir, si las medidas en cuestión tenían por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. En relación con este punto, el Órgano de Apelación no aceptó la constatación del Grupo Especial de que "la prohibición de las importaciones de carne tratada y la prohibición aplicable en toda la Comunidad de la utilización de las hormonas en cuestión con el propósito de estimular el crecimiento en el sector de la carne de bovino no tenían realmente por objetivo proteger a su población del riesgo de cáncer, sino impedir la entrada de la carne de bovino tratada con hormonas procedente de los Estados Unidos y del Canadá y proteger de esa manera a los productores de carne de bovino de las Comunidades Europeas" (informe del Órgano de Apelación, párrafo XII.150). En consecuencia, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que las medidas no cumplían el tercer requisito.

En síntesis, habida cuenta de lo anterior, el Órgano de Apelación revocó la conclusión del Grupo Especial de que las medidas en cuestión eran incompatibles con el párrafo 5 del artículo 5.

Para aclarar las consecuencias prácticas de las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5, los Miembros de la OMC adoptaron el 18 de julio de 2000 las "Directrices para fomentar la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5".¹⁴⁴ Las Directrices se basaban en cierta medida en la jurisprudencia en materia de medidas sanitarias y fitosanitarias y en la práctica de los Miembros y han añadido variables que han de utilizarse para dar aplicación al párrafo 5 del artículo 5.¹⁴⁵

Ni el GATT ni el Acuerdo OTC contienen un requisito expreso de coherencia, pero se ha sostenido que el criterio de necesidad del artículo XX del GATT incorpora un requisito "débil" de coherencia.¹⁴⁶ En particular, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*:

¹⁴⁴ WTO (2000a).

¹⁴⁵ Véase Marceau y Trachtman (2002).

¹⁴⁶ Marceau y Trachtman (2002).

“La aplicación por un Miembro de medidas para lograr la observancia compatibles con la OMC al mismo tipo de comportamiento ilegal -la presentación fraudulenta de un producto haciéndolo pasar por otro- para productos similares o por lo menos análogos, constituye una indicación sugestiva de que bien podría haber al alcance otra medida posible cuya utilización pudiese ‘razonablemente esperarse’. La aplicación de tales medidas para combatir un mismo comportamiento ilegal respecto de productos similares o por lo menos análogos suscita dudas con respecto a la necesidad objetiva de una medida diferente, mucho más estricta e incompatible con la OMC, para lograr la aplicación.”¹⁴⁷

De hecho, la utilización del término “similares” indica que en este argumento la “comparabilidad” puede ser aplicable a una categoría más amplia de bienes que lo que lo es en el contexto de la determinación de la “similitud” de los productos o de que un producto es directamente competidor de otro o puede sustituirlo directamente. El Órgano de Apelación se refiere en *Corea - Carne vacuna* a la utilización de diferentes medidas para lograr la observancia en situaciones comparables, en tanto que en el caso del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF la cuestión es la de la justificación de diferentes “niveles adecuados de protección” en situaciones “comparables”.

c) Los testimonios científicos y las preferencias de los consumidores

Cuando se trata de diferencias concernientes a normas no hay, por regla general, desacuerdo acerca de la legitimidad del objetivo de política que el demandado pretende perseguir. La protección de la salud de las personas o de los animales, por ejemplo, o la protección del medio ambiente, son objetivos que gozan de amplia aceptación. Pueden plantearse, dentro de una misma sociedad o entre sociedades, discrepancias acerca del grado de protección que es deseable alcanzar. También pueden plantearse discrepancias en cuanto a la existencia de una relación entre un bien comercializable (por ejemplo, la carne de bovino tratada con hormonas) y el objetivo de política perseguido (la inocuidad de los alimentos) y al nivel de esa relación. Por último, es igualmente importante la posibilidad de que no haya acuerdo acerca de la eficacia de un instrumento de política determinado, como una norma, para alcanzar un determinado objetivo.

En los preámbulos del Acuerdo MSF y del Acuerdo OTC se indica que los Miembros de la OMC pueden determinar libremente lo que consideran su “nivel adecuado de protección”.¹⁴⁸ Así lo ha confirmado la jurisprudencia pertinente de la OMC, incluso con respecto al GATT.¹⁴⁹ No obstante, las diferencias concernientes a las normas y a su efecto en las corrientes comerciales pueden deberse a desacuerdos sobre los otros dos aspectos: la relación entre un artículo comercializado y el objetivo de política declarado, y la idoneidad de la utilización de un determinado tipo de norma en la situación de que se trate.¹⁵⁰

Los testimonios científicos pueden contribuir de forma importante a arrojar alguna luz sobre esas dos cuestiones. Por ejemplo, en muchos países una amplia gama de productos, como los medicamentos o los productos químicos, han de superar procedimientos de prueba establecidos para que se permita su distribución en el mercado interno. Los testimonios científicos son también importantes en los Acuerdos de la OMC. Así ocurre en alguna medida en el caso del Acuerdo OTC, pero sobre todo en el del Acuerdo MSF.¹⁵¹ En consecuencia, la presente sección se centrará sobre todo en el Acuerdo MSF. En el recuadro 21 se analizan algunas diferencias importantes entre el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF, en particular en lo que respecta a la pertinencia de los testimonios científicos.

¹⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, WT/DS161/AB/R y WT/DS169/AB/R párrafo 172.

¹⁴⁸ A consecuencia de ello, se impone al país que impugna una norma la carga de probar que esa norma es incompatible con la OMC, aunque ambas partes admitan que la norma nacional impugnada establece un nivel de protección más elevado que una norma internacional vigente.

¹⁴⁹ Véase Marceau y Trachtman (2002).

¹⁵⁰ Teóricamente, podría plantearse una cuarta cuestión, a pesar de que haya acuerdo entre los Miembros sobre los tres aspectos mencionados hasta ahora. Se trata de la cuestión de si la medida elegida por un Miembro para lograr su nivel adecuado de protección debe ser la que maximice el bienestar nacional o la que maximice el bienestar mundial (véase el apartado a)).

¹⁵¹ La diferencia se debe fundamentalmente al hecho de que el ámbito del Acuerdo MSF es más limitado que el del Acuerdo OTC, al centrarse en la inocuidad de los alimentos y en la prevención de la entrada y propagación de plagas y enfermedades.

Recuadro 21: Diferencia entre las normas OTC y las normas MSF

El ámbito del Acuerdo OTC es considerablemente más amplio que el del Acuerdo MSF. Contiene además objetivos más generales, definidos de forma mucho menos estricta, para la introducción de reglamentos técnicos, normas o procedimientos de evaluación de la conformidad que el Acuerdo MSF.

El Acuerdo MSF abarca todas las medidas cuyo objetivo es la protección de la salud humana contra los riesgos transmitidos por los alimentos; la protección de la salud humana contra las enfermedades propagadas por animales o vegetales; la protección de los animales y los vegetales contra plagas o enfermedades o la prevención o limitación de otros daños causados a un país por la entrada, radicación o propagación de plagas. El Acuerdo OTC abarca todos los reglamentos técnicos, las normas voluntarias y los procedimientos de evaluación de la conformidad para determinar que se cumplen esos reglamentos o normas, excepto cuando se trata de medidas sanitarias o fitosanitarias en el sentido en que éstas se definen en el Acuerdo MSF. En consecuencia, es el tipo de medida el que determina si una medida concreta está o no comprendida en el Acuerdo OTC, en tanto que lo pertinente para determinar si una medida está sujeta al Acuerdo MSF es su objetivo. La mayoría de las prescripciones en materia de etiquetado, declaraciones de propiedades nutricionales, preocupaciones en materia de nutrición, así como los reglamentos relativos a la calidad y al envasado no se consideran por lo general medidas sanitarias o fitosanitarias y por consiguiente están normalmente sujetos al Acuerdo OTC.

Hay algunos elementos comunes a los dos Acuerdos, como la obligación básica de no discriminación y prescripciones similares en cuanto a la notificación previa de las medidas proyectadas y el establecimiento de oficinas de información ("Servicios de información"). No obstante, muchas de las normas sustantivas son distintas. Por ejemplo, ambos Acuerdos promueven la utilización de normas internacionales. Sin embargo, en el Acuerdo MSF se requieren argumentos científicos derivados de una evaluación de los posibles riesgos para la salud para justificar la elección de normas más estrictas que las propugnadas por las instituciones internacionales de normalización. Además, los gobiernos sólo pueden imponer medidas sanitarias o fitosanitarias en cuanto sean necesarias para proteger la vida y la salud de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, sobre la base de la información científica. Con arreglo al Acuerdo OTC, los Miembros de la OMC pueden apartarse de las normas internacionales cuando consideren que éstas son un medio ineficaz o inapropiado para el logro de un objetivo legítimo, por ejemplo, a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales. Los testimonios científicos pueden ser pertinentes, dependiendo del objetivo legítimo concreto que se persiga y del motivo concreto por el que un Miembro se haya apartado de una norma internacional. El Acuerdo OTC requiere además que las medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del necesario.

i) Preferencias de los consumidores, testimonios científicos e instrumentos de política óptimos

Aunque varios Acuerdos de la OMC reconocen expresamente el derecho de los países a aplicar políticas que pueden tener efectos de distorsión del comercio para proteger la salud de sus ciudadanos y el medio ambiente en determinados contextos, sigue sin haber consenso acerca del tipo, el momento y el alcance óptimos de la intervención estatal. El concepto de disfunción del mercado desarrollado en la sección IIB nos facilita una orientación acerca de la forma de abordar esas cuestiones.

Hay varias disfunciones del mercado en relación con la protección de la salud o del medio ambiente. Como se ha descrito en una sección anterior, esas disfunciones del mercado pueden estar relacionadas con una información imperfecta (por ejemplo, en el caso de los bienes de confianza) o con externalidades (por ejemplo, la contaminación). En esos supuestos, la intervención pública puede estar justificada para compensar las deficiencias de una prestación de salud pública o de higiene ambiental que no es óptima. En el caso de los medicamentos, por ejemplo, los enfermos no pueden conocer los efectos positivos que se prevé que tengan sobre la salud y sus posibles efectos negativos sobre ésta sin el asesoramiento de los médicos y/o la

información facilitada en el prospecto. El mercado de los medicamentos está afectado por una información asimétrica y son necesarios mecanismos del tipo analizado en la sección IIB para que funcione de manera eficaz. El suministro de alimentos inocuos tampoco puede realizarse eficazmente sin la intervención pública. Por ejemplo, la manipulación inadecuada de los alimentos puede producir una contaminación microbiana, como la salmonella. Es posible que quienes manipulan los alimentos no sean conscientes de este hecho y no tengan en cuenta todo el alcance de los daños que problemas como el de la contaminación pueden causar a otras personas. Al mismo tiempo, los consumidores no tienen una información completa sobre las características que tienen esos productos desde el punto de vista de la salud.

Para determinar el tipo y el nivel de intervención adecuados, los gobiernos han de adoptar una serie de decisiones. En primer lugar, para determinar los objetivos de política, los gobiernos han de sopesar las preferencias de diversos grupos con opiniones distintas acerca del resultado político óptimo. En lo que respecta sobre todo a las políticas sanitarias y ambientales, ese resultado está relacionado con el nivel deseado del riesgo para la salud de las personas o para el medio ambiente. En los modelos económicos teóricos, esos tipos de juicios de valor deben reflejar las actitudes de los consumidores frente al riesgo y con respecto a la relación entre causa y efecto. Dicho de otro modo, en el análisis económico las preferencias del consumidor determinan en gran medida si un gobierno debe intervenir, y de ser así, con qué instrumento de política debe hacerlo.¹⁵² Los intereses de los productores influirán también en esta decisión. En comparación con los consumidores, los productores pueden preferir, por ejemplo, políticas más flexibles que les permitan adoptar estrategias de cumplimiento flexibles. En el contexto de un análisis económico de esas políticas, habría que tener en cuenta además los costos unidos a la aplicación de una política determinada y los efectos de esa política en relación con los objetivos. Al establecer sistemas [públicos/privados] de etiquetado para facilitar información a los consumidores, por ejemplo en relación con los bienes de confianza, puede que no resulte óptimo, o viable, facilitar toda la información que pueda interesar a los consumidores.

Es probable que los testimonios científicos sean uno de los factores determinantes de las opiniones de los consumidores, lo que plantea importantes cuestiones en relación con la disponibilidad de los testimonios científicos por los consumidores, la calidad de los testimonios y su oportunidad.¹⁵³ Por ejemplo, hoy se sabe mucho más sobre los efectos del hábito de fumar sobre la salud que en el momento en que se produjo la difusión de los cigarrillos entre el gran público. La reciente retirada del mercado de algunos medicamentos contra la artritis pone de relieve también la cuestión del momento y el diseño adecuados de las investigaciones científicas.

Otros agentes y fenómenos, incluida la atención de los medios de comunicación, influyen en la opinión de los consumidores. A consecuencia de ello, cabe la posibilidad de que las preferencias relacionadas con los riesgos no siempre reflejen el riesgo real de una situación, sino los prejuicios anteriores del consumidor o una falsa interpretación de los hechos. Cabe, por ejemplo, que los consumidores tengan una aversión desproporcionada a los riesgos y prefieran evitar cualquier riesgo aun cuando el costo de evitarlos sea elevado. En algunos casos, los consumidores pueden creer que hay una relación causal directa entre una actividad de consumo y un resultado concreto, con independencia de que haya o no testimonios científicos que establezcan esa relación. En ese supuesto, el gobierno debe sopesar los beneficios que entraña en ese momento la adopción de una determinada medida de política, teniendo en cuenta sus costos y sus posibles beneficios futuros desde el punto de vista de la reducción del riesgo. Esos beneficios futuros serán menores que los que los consumidores esperan si éstos han interpretado erróneamente el riesgo real. Dicho de otra forma, las políticas basadas en opiniones erróneas de los consumidores acerca del riesgo pueden resultar en último término muy costosas para la sociedad.

La evaluación de la relación entre los costos y beneficios de una política resulta también difícil debido con frecuencia al momento en que se producen sus repercusiones. En el caso de los bienes ambientales, por ejemplo, las repercusiones de las políticas concretas sólo pueden hacerse patentes a largo plazo. Además, la predicción de las respuestas del medio ambiente a las intervenciones resulta compleja, por falta de certidumbre. Así pues, la ciencia desempeña también una importante función en la evaluación de las posibles repercusiones de las intervenciones públicas en los objetivos de política perseguidos.

¹⁵² De forma más técnica, puede decirse que las actitudes de los consumidores frente al riesgo y con respecto a la relación entre "causa y efecto" constituyen un elemento implícito típicamente en la función de utilidad, que a su vez es uno de los principales factores determinantes de la política de maximización del bienestar (véase IIB.2 a))

¹⁵³ Véase, por ejemplo, la exposición de Martin (2004).

ii) *La función de la ciencia en los Acuerdos y la jurisprudencia de la OMC*

El Acuerdo MSF reconoce el derecho de los países a aplicar medidas para proteger la salud de la población o de los animales, preservar los vegetales y proteger el medio ambiente. Según el Acuerdo OTC, los gobiernos tienen derecho a aplicar políticas que no “restringan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo”. Entre los objetivos legítimos figuran “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”. Los testimonios científicos desempeñan una importante función en la apreciación de si una medida sanitaria o fitosanitaria está o no justificada, en tanto que en el Acuerdo OTC se define de forma menos rigurosa el requisito de la justificación científica. Al mismo tiempo, en ambos Acuerdos, este derecho tiene como contrapeso obligaciones que responden a la finalidad de impedir la utilización proteccionista de esas medidas. Los textos de los Acuerdos, los informes de diversos grupos especiales de solución de diferencias, las decisiones de las conferencias ministeriales y las directrices de los comités han facilitado a los países orientaciones acerca de la función de la ciencia en la justificación de medidas que pueden tener efectos de distorsión del comercio.

Los Miembros de la OMC, con arreglo al Acuerdo MSF, tienen derecho a determinar su nivel adecuado de protección y están obligados a evitar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que consideren adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por efecto restricciones encubiertas del comercio internacional. La jurisprudencia del procedimiento de solución de diferencias ha afirmado que el “nivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca una medida sanitaria es una prerrogativa de ese Miembro”.¹⁵⁴ Así pues, se consideran separadamente las cuestiones de la determinación del nivel adecuado de protección y de la elección y aplicación de medidas encaminadas a lograr ese nivel.

Como se ha indicado antes, el preámbulo del Acuerdo OTC reconoce el derecho de cada uno de los Miembros de la OMC a determinar el nivel de protección que considere apropiado, a condición de que las medidas no se apliquen “en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional”. El Acuerdo OTC concede a los gobiernos un alto grado de flexibilidad en la elaboración, adopción y aplicación de sus reglamentos técnicos nacionales, pero atempera esa flexibilidad con el requisito del párrafo 2 del artículo 2 de que “no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional”. En ese párrafo se especifica además que “[...] 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”, y se añade que “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”.

En lo que respecta a las medidas sanitarias y fitosanitarias, los países tienen varias opciones para lograr su nivel adecuado de protección. En el extremo más permisivo de la gama de opciones, los países pueden optar por intervenciones limitadas y permitir, por tanto, que se comercialicen sin restricciones basadas en la inocuidad de los alimentos o los riesgos ambientales todos los alimentos y productos agropecuarios. Alternativamente, los Miembros de la OMC tienen derecho a restringir el comercio de esos productos en determinadas condiciones. El Acuerdo MSF (párrafo 2 del artículo 2) dispone que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben estar basadas en principios científicos y no pueden mantenerse sin testimonios científicos suficientes, salvo en el caso de que los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes (como permite el párrafo 7 del artículo 5, que se analiza más adelante). No obstante, se alienta a los Miembros a elegir medidas que estén en conformidad con normas o directrices internacionales. En tal caso, se establece una presunción salvo prueba en contrario de que la medida sanitaria o fitosanitaria elegida se ajusta a todas las disciplinas del Acuerdo MSF, incluidas las prescripciones relativas a los “testimonios científicos suficientes” y a la “evaluación del riesgo”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 199.

¹⁵⁵ Véase Pauwelijn (1999). En cierto sentido, las normas internacionales representan el nivel preferido de riesgo “a escala mundial”. No obstante, puede resultar difícil a los países en desarrollo participar eficazmente en las instituciones internacionales con actividades de normalización debido a sus limitados recursos financieros y humanos. En consecuencia, las normas negociadas tal vez no representen el consenso mundial sobre el riesgo preferido, sino la preferencia de los países más ricos. Puesto que la riqueza va unida a una mayor demanda de elementos como la calidad ambiental, la falta de representación de los países en desarrollo en las instituciones internacionales de normalización podría llevar a la adopción de normas más rígidas, con efectos negativos sobre el comercio en el caso de los países en desarrollo (Drahs, 2004). Véase también la exposición que se hace en IIC.

En tanto que es posible que los consumidores prefieran normas muy estrictas en relación con la inocuidad de los alimentos, en virtud del Acuerdo MSF los gobiernos están obligados a justificar las normas que establecen basándolas en normas internacionales, como se ha expuesto antes, o llevando a cabo su propia evaluación del riesgo. En relación con el Acuerdo MSF, las obligaciones del Gobierno de mantener únicamente medidas que estén basadas en principios científicos debilita la posibilidad de que las preferencias de los consumidores lleven a las normas nacionales en materia de inocuidad de los alimentos a un nivel de tolerancia cero de riesgos. En consecuencia, aunque los gobiernos tienen derecho a establecer umbrales de riesgo muy estrictos para determinados productos, es preciso que esos umbrales guarden relación con un riesgo demostrable.

El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF prescribe que las medidas sanitarias o fitosanitarias no deben mantenerse "sin testimonios científicos suficientes". En el asunto *Japón - Productos agrícolas*, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

"El sentido ordinario de 'suficiente' es 'de una cantidad, ámbito o alcance adecuados para un determinado fin u objeto'. De ello podemos concluir que 'cantidad suficiente' es un concepto de relación, que exige la existencia de una relación suficiente o adecuada entre dos elementos, *in casu*, entre la MSF y los testimonios científicos [...]. La obligación [...] de que no se mantenga una MSF sin testimonios científicos suficientes exige que exista una relación racional u objetiva entre la MSF y los testimonios científicos."¹⁵⁶

En esta diferencia, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación llegaron a la conclusión de que el requisito del Japón de obtener la aprobación de la importación separadamente para cada variedad de fruta no se mantenía con testimonios científicos suficientes. La jurisprudencia del procedimiento de solución de diferencias ha confirmado que la determinación de si una medida está o no justificada científicamente debe hacerse caso por caso.

El Acuerdo MSF (artículo 5) se ocupa de los tipos de datos que los Miembros deben tener en cuenta al realizar una evaluación del riesgo. Los factores en cuestión incluyen los testimonios científicos, especialmente los relacionados con la prevalencia de enfermedades o plagas concretas, la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades y las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes. Esta información proporciona la base para determinar cuáles son los riesgos que van unidos a un producto concreto si éste se introduce sin una intervención política destinada a mitigar los riesgos. Además, este artículo indica que los Miembros deben tener en cuenta elementos relacionados con las políticas y la producción, como la existencia de regímenes de cuarentena y otros, los procesos y métodos de producción pertinentes, y los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba.

El texto del Acuerdo MSF (párrafo 4 del anexo A) distingue entre la evaluación del riesgo necesaria en el caso de los riesgos que presentan los productos alimenticios y la evaluación necesaria en el caso de riesgos de enfermedad o plaga. En *Australia - Salmón* el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

"Mientras [la evaluación del riesgo en el caso de los riesgos que presentan los productos alimenticios] requiere solamente la evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales, la [evaluación del riesgo en el caso de los riesgos de enfermedad o plaga] exige una evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una enfermedad, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas."¹⁵⁷

La diferencia relativa al salmón aclaró los criterios para la evaluación del riesgo en relación con los riesgos de enfermedades o plagas. En esa diferencia, el Órgano de Apelación declaró que una evaluación del riesgo en el contexto del Acuerdo MSF debe:

- 1) identificar las enfermedades cuya entrada, radicación o propagación un Miembro desea evitar en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades;

¹⁵⁶ *Japón - Productos agrícolas*, informe del Órgano de Apelación, párrafos 73 y 84.

¹⁵⁷ *Australia - Salmón*, informe del Órgano de Apelación, nota 69 de pie de página.

- 2) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y
- 3) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse.¹⁵⁸

Además, los gobiernos deben demostrar la existencia de una relación racional entre los testimonios científicos y la medida que se trata, y la evaluación del riesgo debe “poner en relación la posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales con un antecedente o causa”.

La diferencia *CE - Hormonas* fue la primera en la que se examinaron argumentos relacionados con el Acuerdo MSF. En esa diferencia, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación se pronunciaron sobre el párrafo 1 del artículo 5 en la medida en la que se refería a los argumentos expuestos en el asunto. Ambos órganos constataron que no había una relación racional entre las medidas de las CE y los testimonios científicos presentados sobre cinco de las hormonas. No se presentó ninguna evaluación de riesgo en relación con la sexta hormona. Se consultó a seis expertos invitados, entre los que figuraban especialistas en sanidad animal y en inocuidad de los alimentos (véase el recuadro 20).

En *Japón - Manzanas*, los Estados Unidos adujeron que el Japón había mantenido medidas contra las exportaciones estadounidenses de manzanas “sin una justificación científica suficiente”. En ese asunto, el Grupo Especial recibió el testimonio de varios expertos fitosanitarios y llegó a la conclusión de que los testimonios científicos “sugieren un riesgo despreciable de posible transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de las manzanas”. El Grupo Especial examinó también la opinión de que las manzanas podían ser una vía para la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano en el Japón y llegó a la conclusión de que los testimonios científicos no respaldaban esa opinión. El Grupo Especial infirió en consecuencia conclusiones de esos testimonios científicos y de los elementos de la medida japonesa contra las importaciones y se consideró que esa medida era “desproporcionada” por lo que respecta a ese riesgo (véase el recuadro 22).¹⁵⁹

Recuadro 22: Los “testimonios científicos” en *Japón - Manzanas* (WT/DS245)

Antecedentes

El Japón, para prevenir la propagación a su producción nacional de manzanas de una enfermedad de las plantas causada por la bacteria de la niebla del manzano y del peral, impuso restricciones a las importaciones de manzanas procedentes de los Estados Unidos. La bacteria de la niebla del peral y del manzano afecta a varias plantas huéspedes, incluidos los manzanos, pero no a los seres humanos. En virtud de las restricciones impuestas por el Japón, las importaciones de manzanas procedentes de los Estados Unidos seguían siendo posibles siempre que se cumplieran determinados requisitos en relación con su producción, manipulación y exportación.

Según los Estados Unidos, no había habido nunca testimonios científicos de la transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de las manzanas cosechadas. En su comunicación al OSD de 2002, los Estados Unidos alegaron que la medida japonesa de restricción de las importaciones era incompatible con varios artículos del GATT, el Acuerdo MSF y el Acuerdo sobre la Agricultura. Por razones de economía procesal, el Grupo Especial decidió examinar la medida en relación únicamente con el párrafo 2 del artículo 2 (necesidad de la medida y necesidad de testimonios científicos), y a los párrafos 1 (evaluación del riesgo), 2 (evaluación de los riesgos basada en testimonios científicos) y 7 (disposiciones en caso de

¹⁵⁸ *Australia - Salmón*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 121.

¹⁵⁹ El Acuerdo MSF no requiere una comparación de “productos similares” ni que se distinga entre características de “productos” y características de “procesos”, sino que el objeto del análisis para determinar si hay discriminación contra un producto es la justificación de la discriminación (Marceau y Trachtman, 2002).

que los testimonios científicos sean insuficientes) del artículo 5 del Acuerdo MSF, así como con el artículo 7 y el anexo B de dicho Acuerdo (transparencia de las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias).

Testimonios científicos

Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos sostuvieron que la medida era contraria al párrafo 2 del artículo 2, según el cual las medidas sanitarias o fitosanitarias no deben mantenerse sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que, en el caso que se examinaba, los testimonios científicos sugerían “un riesgo despreciable de posible transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas” y de que los testimonios científicos no apoyaban “la opinión de que es probable que las manzanas sirvan como vía para la entrada, la radicación o la propagación de la niebla del peral o del manzano en el Japón”. Se considera que una medida se mantiene sin testimonios científicos suficientes si no existe una relación racional u objetiva entre la medida y los testimonios científicos pertinentes. En consecuencia, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la medida era “claramente desproporcionada con respecto al riesgo [“despreciable”] identificado sobre la base de los testimonios científicos disponibles» (informe del Grupo Especial, párrafo VIII.198). A raíz de una apelación presentada por el Japón, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que la medida era contraria al párrafo 2 del artículo 2.

Con respecto al párrafo 7 del artículo 5, el Japón adujo ante el Grupo Especial que “en el caso de que el Grupo Especial constataste que los testimonios científicos eran insuficientes para respaldar la medida aplicada por el Japón en virtud del párrafo 2 del artículo 2, la medida podía considerarse de carácter provisional en el contexto del párrafo 7 del artículo 5 [...]”. El párrafo 7 del artículo 5 establece que “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 [...]”. El Grupo Especial objetó que existía una cantidad importante de testimonios científicos pertinentes y de gran calidad sobre el riesgo de la transmisión de la niebla del peral y del manzano por las manzanas y concluyó, en consecuencia, que no se presentaba una situación en la que los testimonios científicos fuesen insuficientes, por lo que no era aplicable el párrafo 7 del artículo 5.

En todas las diferencias sustanciadas en el marco del Acuerdo MSF, se ha invitado a expertos a prestar asesoramiento científico al grupo especial. No es necesario que esos expertos representen la línea general del pensamiento científico; el proceso de selección de expertos entraña conversaciones entre el grupo especial y las partes en la diferencia. Por regla general, el grupo especial recaba recomendaciones de las instituciones internacionales de normalización, así como de las partes. Las partes pueden formular objeciones respecto de determinados expertos científicos por razones legítimas, pero la elección de los expertos depende en último término del grupo especial, que puede desestimar las objeciones de las partes. Naturalmente, la ciencia no siempre proporciona una interpretación única de una serie determinada de hechos, y, cuando no es así, los expertos científicos pueden proporcionar datos contradictorios al grupo especial.

El párrafo 7 del artículo 5 permite el recurso a las medidas provisionales cuando los testimonios científicos sean insuficientes. En tal caso, los Miembros deben actuar basándose en la información disponible y tratar de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo. El Grupo Especial que examinó la diferencia *Japón - Manzanas*, al interpretar este precepto, aclaró además que no podían equipararse testimonios científicos insuficientes e incertidumbre científica. En ese asunto, se constató que el Japón no había justificado el pretendido carácter provisional de su medida, porque existían numerosos estudios en relación con la niebla del peral y del manzano.

Una preocupación que se plantea con frecuencia en el contexto de las medidas concernientes a la salud de los ciudadanos o al medio ambiente que pueden tener efectos de restricción del comercio es la relativa a la posibilidad de que, habida cuenta de la incertidumbre científica en lo que respecta a determinados hechos o riesgos, y de la posibilidad de que se produzcan consecuencias sumamente negativas, los países

deseen mantener el derecho de aplicar medidas para evitar esas consecuencias.¹⁶⁰ Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación constataron en *CE - Hormonas* que aunque el principio de cautela no estaba expresamente incluido en el Acuerdo MSF, ese principio “estaba reflejado en” el Acuerdo MSF, particularmente en el párrafo 7 del artículo 5, y que su invocación no podía prevalecer sobre la obligación de un país en virtud del párrafo 1 del artículo 5.

Los informes en las diferencias *Japón - Productos agrícolas*¹⁶¹ y *Japón - Manzanas* aclaran aún más la aplicación adecuada de medidas provisionales en el contexto del Acuerdo MSF. En primer lugar, los Miembros han de tratar de obtener información aún después de haber aplicado una medida basada en el párrafo 7 del artículo 5. En consecuencia, la adopción de una medida provisional no atenúa la obligación de buscar la justificación científica de una medida. Además, el Órgano de Apelación, en la diferencia *Japón - Manzanas*, declaró que no es lo mismo incertidumbre que testimonios científicos insuficientes. En ese caso, existían numerosos estudios científicos adecuadamente realizados. No se excluye la posibilidad que en los casos en los que haya un gran número de estudios científicos deficientemente realizados, sea aplicable el párrafo 7 del artículo 5.

d) Normas de productos y normas de procesos

En la sección IIB se indicó que esta distinción ha cobrado importancia en el contexto del sistema multilateral de comercio, especialmente en lo que respecta a las normas de procesos que conciernen a procesos y métodos de producción no incorporados (PMP). En el GATT y en la OMC se han sustanciado varias diferencias ambientales concernientes a la utilización de ese tipo de normas. En las siguientes líneas se hace un análisis económico de las normas de productos y las normas de procesos. A continuación se analiza la forma en que los asuntos relacionados con PMP se han resuelto en el GATT y la OMC y en que los diversos Acuerdos de la OMC se aplican a los PMP.

i) Análisis económico

Al margen de las obras sobre el comercio, hay poca controversia en torno a las normas aplicadas a un producto y las aplicadas a los procesos mediante los que se elabora un producto. Por ejemplo, en relación con una externalidad ambiental, la cuestión que suele plantearse habitualmente es si un impuesto o un instrumento distinto de los precios, como una norma, contribuye más a restaurar la eficacia económica, y no si es mejor una norma de procesos o una norma de producto. Como se ha analizado en la sección IIB, se utilizan ampliamente normas ambientales, y muchas de ellas son normas de procesos. Por razones ambientales, las instancias dotadas de facultades de reglamentación establecen frecuentemente normas relativas a la eliminación de aguas residuales, las emisiones de humos o la utilización de energía por las empresas. Por ejemplo, en la minería hay un conjunto de normas que regulan los tipos de productos químicos utilizados para separar los metales preciosos de los minerales y el tratamiento de los residuos mineros. La razón de esas normas de procesos es que los costos ambientales se generan durante el proceso de producción y no durante el consumo del producto final. En los casos en que la externalidad es generada por el consumo del producto final, puede utilizarse una norma de producto. Por ejemplo, la utilización de gasolina en los vehículos de motor lleva aparejada la liberación en la atmósfera de grandes cantidades de plomo. Debido a los considerables riesgos para la salud que esa liberación entraña, la mayoría de los países han exigido la utilización de gasolina sin plomo. Así pues, tanto las normas de productos como las normas de procesos pueden estar justificadas económicamente en función de la fuente de la externalidad. Las razones por las que la distinción entre normas de productos y normas de procesos ha dado lugar a diferencias en el comercio internacional no están relacionadas con la justificación económica de las normas, sino con las dificultades para supervisar y hacer cumplir las normas sobre procesos y métodos de producción que se aplican en sitios de producción radicados en el extranjero.

¹⁶⁰ Véanse las opiniones discrepantes de Harremoës y otros (2002) y Martin (2004), de un lado, y Marchant y Mossman (2004), de otro, sobre la función que desempeña en este contexto el “principio de precaución”.

¹⁶¹ WT/DS76.

Consideremos, por ejemplo, el caso, analizado en la sección IIB.2, de un recurso ambiental (madera) utilizado como insumo para elaborar un producto final (muebles) que es objeto de comercio internacional. Inicialmente, dos países comercian entre sí y el exportador vende muebles fabricados con madera talada de sus bosques. Pero un grupo de ciudadanos del país importador se interesa por la forma en que se obtiene la madera en el país exportador. La extracción de madera por medios insostenibles en el país exportador constituye una externalidad negativa para esos ciudadanos, aunque estarían dispuestos a apoyar el aprovechamiento de la madera en concesiones en las que la gestión forestal fuera “inocua para el medio ambiente”. No obstante, debido a las diferencias en cuanto a los recursos disponibles y al nivel de desarrollo, no hay entre los ciudadanos del país exportador un grado de preocupación similar acerca de la forma en que se aprovechan sus bosques. Para estos ciudadanos, la utilización de sus árboles para fabricar muebles no incorpora una externalidad negativa; por el contrario, la industria representa simplemente una fuente de ingresos.

Hay que presumir que las autoridades nacionales pretenden únicamente maximizar el bienestar nacional. En consecuencia, las autoridades nacionales del país exportador adoptarán una política de *laisser-faire* en relación con su industria maderera. En cambio, debido a la repercusión sobre el bienestar que la tala de árboles provoca en un grupo de sus ciudadanos, la autoridad del país importador tal vez desee adoptar medidas para reducir la actividad. Una medida posible sería una norma relacionada con el proceso que exigiera que todos los muebles, incluidos los importados, se fabricaran con madera obtenida de forma sostenible de los bosques. Se trata de un ejemplo de PMP no incorporados, puesto que la obtención de forma sostenible de la madera utilizada para fabricar los muebles no está incorporada al mueble ni puede discernirse de éste mediante ningún tipo de prueba. La imposición de la norma obligatoria en el país importador sería fuente de una posible diferencia comercial. El país importador ha hecho frente a lo que considera una externalidad negativa en el ámbito de su jurisdicción. El país exportador considera que la medida es inaceptable, que refleja un propósito proteccionista y/o que constituye una imposición extraterritorial.

Aunque esta cuestión se ha formulado como una cuestión relativa a una externalidad ambiental, no hay *prima facie* ninguna razón para que el funcionamiento de los mercados no pueda ser lo suficientemente adecuado para resolver esos problemas. Según el teorema de Coase, en ausencia de costos de transacción, la negociación entre las partes llevaría a un resultado eficiente desde el punto de vista económico, es decir, se reducirían al mínimo los costos unidos a la externalidad. Si la preferencia del consumidor por los muebles fabricados con madera obtenida de forma sostenible de los bosques es suficientemente fuerte en el país importador, no hay ninguna razón para que los fabricantes de muebles del país exportador no den respuesta a esa demanda. Si lo hacen, el paso del proceso anterior de gestión forestal insostenible al nuevo proceso constituye una reacción voluntaria para obtener beneficios mayores. De esa forma, la adopción de un proceso diferente de fabricación de muebles en el país exportador habría sido fruto de las fuerzas del mercado y no de una norma impuesta por un gobierno extranjero. Es muy probable que si en el ejemplo que hemos citado se hubiera producido esa serie de acontecimientos, la imposición de una norma de procesos por el país importador hubiera generado muchas menos dificultades.

Una importante razón por la que es posible que el mercado no reaccione en las circunstancias que hemos descrito se debe a la existencia de una asimetría de la información. Los consumidores no pueden decir si un mueble está fabricado o no con madera obtenida en bosques que han sido talados de forma sostenible. Y esta asimetría es lo suficientemente acusada para impedir que surja un mercado internacional para los muebles fabricados con madera extraída de forma sostenible de los bosques. Pero a ese respecto hay también vías en las que el propio mecanismo del mercado puede dar una respuesta en forma de sistemas privados de etiquetado.¹⁶²

Un sistema privado de etiquetado tiene menores efectos de restricción del comercio que una norma obligatoria, porque el primero permite la coexistencia de diferentes tipos de madera en el mercado. Lo mismo puede decirse de los sistemas públicos de etiquetado. Una diferencia importante entre ambos tipos de políticas públicas y un sistema privado radica en la observancia. En la mayoría de los casos, la observancia no puede dejarse en manos de los productores, por cuanto éstos tienen incentivos para engañar y declarar que se cumple una norma PMP aunque no sea así. En consecuencia, en el caso de un sistema público la observancia estará en alguna medida en manos del gobierno del país importador, lo que puede suscitar inquietud en relación con la soberanía del

¹⁶² Véase la nota 27 de pie de página sobre las limitaciones de los sistemas de etiquetado relacionados con PMP.

país exportador. Pero en el caso de los sistemas privados de etiquetado es necesario también que éstos sean aplicados por instituciones independientes. Es preciso que esas instituciones tengan acceso al sitio de producción en el país exportador y gocen de la confianza de las autoridades del país importador.

ii) *Jurisprudencia de la OMC*

¿De qué forma ha abordado la jurisprudencia de la OMC la cuestión de los PMP? En el asunto *Estados Unidos - Camarones* (véase el recuadro 23), el objeto de la diferencia era una medida estadounidense (el artículo 609 de la *Public Law* 101-162) que prohibía la importación de camarones o productos de camarón cuando los camarones hubieran sido capturados con una tecnología de pesca comercial que afectaba negativamente a especies amenazadas de tortugas marinas. Para sustraerse a la prohibición, era necesario un certificado de que la flota de pesca del camarón de un país utilizaba una tecnología que reducía al mínimo el riesgo de capturar tortugas marinas. La medida es un ejemplo de PMP porque se trata de una norma que se aplica a la forma en que han sido capturados los camarones y no a los propios camarones. Es también un ejemplo de PMP no incorporado, por cuanto no es posible deducir por medio de una inspección o mediante pruebas si los camarones han sido capturados utilizando o no una tecnología pesquera inocua desde el punto de vista ambiental.

La medida estadounidense fue examinada se examinó en el marco del artículo XX (Excepciones generales) del GATT de 1994. En lo tocante a las cuestiones ambientales, el artículo XX prescribe que, a reserva de que las medidas no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción al comercio internacional, el GATT de 1994 no impide a los Miembros adoptar medidas “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”.

En la primera diferencia, planteada por la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia, el Órgano de Apelación decidió que aunque la medida estadounidense respondía a un objetivo ambiental reconocido como legítimo en el artículo XX del GATT de 1994, había sido aplicada en una forma que constituía un medio de discriminación arbitrario e injustificable entre Miembros de la OMC. Los Estados Unidos no habían emprendido con esos Miembros negociaciones serias y globales con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas. Los Estados Unidos habían mantenido negociaciones serias sobre la certificación con algunos Miembros, pero no con otros que exportaban camarones a los Estados Unidos. En consecuencia, se constató que la medida estadounidense era incompatible con el preámbulo del artículo XX, que exige que las medidas no se apliquen de una forma que constituya un medio de discriminación arbitrario e injustificable entre Miembros. Los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación fueron adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD).

A consecuencia de ello, los Estados Unidos revisaron las directrices de ejecución de las disposiciones pertinentes del artículo 609 de la *Public Law* 101-162. Se establecieron nuevos criterios para la obtención por los países de certificados que permitían exportar camarones a los Estados Unidos. Pero las negociaciones entabladas con uno de los países que eran partes en la diferencia (Malasia) sobre un acuerdo de certificación no tuvieron éxito. En consecuencia, Malasia presentó una nueva reclamación en la OMC en la que alegaba que los Estados Unidos no habían cumplido las recomendaciones del OSD. No obstante, el Grupo Especial que examinó este segundo asunto decidió que las directrices se aplicaban en una forma que no constituía un medio de “discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalecen las mismas condiciones” y estaban comprendidas entre las medidas permitidas por el artículo XX. El Grupo Especial constató que aun cuando los Estados Unidos tenían la obligación de negociar un acuerdo internacional acerca de la protección de las tortugas marinas, no estaban obligados a concertarlo. Posteriormente el Órgano de Apelación confirmó la resolución del Grupo Especial de que las directrices revisadas estaban justificadas al amparo del artículo XX.

El tratamiento dado a los PMP por la jurisprudencia de la OMC parece claro. En el primer informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Camarones*, el Grupo Especial había constatado que el artículo XX no podía justificar que un país impusiera “medidas que condicionen el acceso a su mercado de determinado producto a la adopción por los Miembros exportadores de determinadas políticas”. Pero en apelación, el Órgano de Apelación expuso una opinión diferente acerca de esta característica de la medida:

Condicionar el acceso al mercado interno de un Miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política o unas políticas unilateralmente prescritas por el Miembro importador puede ser en cierto sentido un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de algunas de las excepciones a) a j) del artículo XX.¹⁶³

Así pues, una interpretación posible de esa opinión es que ese tipo de normas están permitidas (véase Marceau y Trachtman, 2002) en la medida, desde luego, en que se ajusten a alguno de los apartados a) a j) del artículo XX y no se apliquen de forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en los que prevalezcan las mismas condiciones.

Recuadro 23: Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (WT/DS58)

De conformidad con la Ley de Especies Amenazadas de 1973, los Estados Unidos dictaron normas reglamentarias que exigían que todos los arrastreros estadounidenses dedicados a la pesca del camarón utilizaran dispositivos aprobados de exclusión de las tortugas (DET) o respetaran las limitaciones de los tiempos de arrastre en determinadas zonas en las que se producía una mortalidad significativa de tortugas marinas en conexión con la pesca de camarones.

Con respecto a los arrastreros de otras naciones, el artículo 609 de la *Public Law* 101-162 preveía negociaciones para establecer con esas naciones acuerdos de protección y conservación de las tortugas marinas. El artículo 609 prescribía una prohibición de las importaciones de camarones capturados con tecnologías de pesca que pudieran afectar negativamente a las tortugas marinas. Pero esa prohibición no se aplicaba a las naciones pesqueras que obtenían del Departamento de Estado de los Estados Unidos un certificado de que a) su entorno pesquero no suponía una amenaza de captura incidental de tortugas marinas en el curso de la pesca del camarón o b) disponían de un programa reglamentario que regulaba la captura incidental de tortugas marinas en el curso de la pesca de arrastre del camarón compatible con el programa de los Estados Unidos y una tasa de capturas accidentales de tortugas por sus embarcaciones comparable a la de las embarcaciones estadounidenses.

La primera diferencia tuvo su origen en una reclamación presentada por la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia tras la prohibición impuesta por los Estados Unidos en virtud del artículo 609 a la importación de determinados camarones y productos del camarón procedentes de esos países.

El Grupo Especial decidió que la prohibición de las importaciones de camarones y productos del camarón no era compatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994 y no podía justificarse en virtud del artículo XX. El texto de las disposiciones pertinentes del artículo XX es el siguiente: "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;"

El Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que la medida estaba provisionalmente justificada de conformidad con el apartado g) del artículo XX. Las tortugas marinas eran un recurso natural agotable, la medida estadounidense era una medida relativa a la conservación del recurso natural agotable, y se había aplicado conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales.

Pero el Órgano de Apelación decidió que la medida no cumplía los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX y, en consecuencia, no estaba justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994. El

¹⁶³ Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 121.

artículo 609 se había aplicado en forma que constituía un medio de “discriminación injustificable entre los países en los que prevalezcan las mismas condiciones». Ese artículo exigía a todos los demás Miembros exportadores que adoptaran la misma política que se había aplicado a los arrastreros estadounidenses dedicados a la pesca del camarón. Los Estados Unidos no permitían las importaciones de camarones capturados por los arrastreros comerciales dedicados a la pesca del camarón que utilizaban DET cuando esos camarones procedían de aguas de países que no habían recibido el certificado de conformidad con el artículo 609. Los Estados Unidos no habían emprendido con los apelados negociaciones serias y globales con el objetivo de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas. Habían negociado seriamente y habían celebrado negociaciones serias sobre la certificación con algunos Miembros, pero no con otros que exportaban camarones a los Estados Unidos. Se consideró que la aplicación de la medida, al adoptar un programa reglamentario que era esencialmente el mismo que el programa estadounidense, sin investigar si tal programa era apropiado a las condiciones que prevalecían en los países exportadores, constituía una “discriminación arbitraria”.

En consecuencia, el Departamento de Estado de los Estados Unidos publicó una serie de directrices revisadas para la aplicación del artículo 609 de la *Public Law* 101-162 en relación con la protección de las tortugas marinas en las operaciones de pesca de arrastre del camarón. No obstante, Malasia presentó una segunda reclamación. Los Estados Unidos y Malasia no habían concertado un acuerdo sobre certificación que permitiera a Malasia exportar camarones a los Estados Unidos. El Grupo Especial encargado de examinar esta segunda diferencia constató que aunque los Estados Unidos estaban obligados a negociar un acuerdo internacional acerca de la protección de las tortugas marinas, no tenían obligación de concertarlo. Las directrices revisadas se aplicaban en forma que no constituía un medio de “discriminación arbitraria o injustificable entre los países en los que prevalecen las mismas condiciones” y estaban incluidas en el ámbito de las medidas permitidas por el artículo XX. El Órgano de Apelación, cuando Malasia apeló contra la resolución del Grupo Especial, confirmó la constatación de éste último de que la medida estadounidense revisada estaba justificada al amparo del artículo XX por cuanto se había satisfecho el requisito de realizar esfuerzos serios y de buena fe para llegar a un acuerdo multilateral.

e) Armonización

Como se ha expuesto en secciones anteriores, la armonización constituye un enfoque para resolver los problemas que pueden plantearse en el comercio internacional cuando las normas del país exportador y del país importador son diferentes. La armonización no es otra cosa que el acuerdo de utilizar sólo una norma común (ya existente o nueva) en un caso en el que las normas de las diversas jurisdicciones eran antes diferentes. Podemos denominar a esa norma “norma internacional”.

Como se ha indicado antes, tanto el Acuerdo OTC como el Acuerdo MSF hacen referencia a las normas internacionales. El Acuerdo OTC contiene la obligación de utilizar las normas internacionales pertinentes como base de los reglamentos técnicos de las normas establecidas a nivel nacional, salvo en el caso de que esas normas internacionales sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de su objetivo, por ejemplo, a causa de factores climáticos o geográficos o de problemas tecnológicos. Un ejemplo que se cita frecuentemente es el de las normas internacionales para la construcción de edificios, que pueden no ser apropiadas en zonas propicias a los terremotos. De forma análoga, el Acuerdo MSF obliga a los Miembros a basar sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas internacionales, con determinadas excepciones. La más importante de ellas es que un país puede tener en vigor medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el implícito en la norma internacional, si existe una justificación científica¹⁶⁴ o si el nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro considera adecuado exige tales medidas a la luz de la evaluación del riesgo realizada.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Según la nota 2 de pie de página del artículo 3 del Acuerdo MSF, existe una justificación científica si, sobre la base de la información científica disponible, un Miembro determina que las normas internacionales pertinentes no son suficientes para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria.

¹⁶⁵ En el presente párrafo se reproducen de forma general algunas obligaciones fundamentales contenidas en el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo F del Código de Buena Conducta, así como en los párrafos 1 y 3 del artículo 3 y el artículo 5 del Acuerdo MSF y se omiten otras, así como algunos matices jurídicos que pueden ser importantes.

El hecho de que se presume que las medidas sanitarias o fitosanitarias (y las prescripciones OTC) que estén “en conformidad con” normas internacionales no constituyen obstáculos comerciales pone de relieve la importancia (jurídica) de las normas internacionales.¹⁶⁶ Aparte de esta importante ventaja de la utilización de normas internacionales, ambos Acuerdos permiten a los Miembros definir los “objetivos legítimos” (OTC) -en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC hay una lista abierta de carácter ilustrativo- o un “nivel adecuado de protección” (Acuerdo MSF) de modo que requisitos OTC más estrictos o medidas sanitarias o fitosanitarias más rigurosas que las sancionadas por una norma internacional determinada pueden ser necesarios para lograr esos objetivos. El Acuerdo OTC (párrafos 2 y 4 del artículo 2) prescribe que un reglamento técnico que no esté basado en una norma internacional debe evaluarse atendiendo a dos aspectos: en primer lugar, en lo que respecta a sus efectos en el comercio, una medida comprendida en el Acuerdo OTC no puede restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo (que se supone legítimo); en segundo lugar, en lo que respecta a su eficacia, es preciso evaluar los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo, tomando en consideración, entre otros factores, la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, las medidas sanitarias o fitosanitarias sólo pueden aplicarse en cuanto sean necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, deben estar basadas siempre en principios científicos y no pueden mantenerse sin testimonios científicos suficientes (excepto en el caso de medidas “cautelares” adoptadas de conformidad con el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF). Además deben incluir una evaluación de los riesgos contra los que un país desea protegerse (párrafos 1 a 4 del artículo 5 del Acuerdo MSF).¹⁶⁷

Con todo, los requisitos impuestos a las medidas sanitarias y fitosanitarias que no estén en conformidad con normas internacionales parecen mayores que los impuestos a las medidas OTC, especialmente en lo que respecta a la necesidad de aportar testimonios científicos y de realizar sistemáticamente una evaluación de los riesgos respecto de cada medida. A este respecto, merece la pena destacar que en el Acuerdo MSF hay claras indicaciones de lo que constituye una norma internacional. En el párrafo 4 del artículo 3 y en el anexo A, párrafo 3, del Acuerdo MSF se identifican expresamente como tales las normas de tres organizaciones solamente (véase el recuadro 16), pero en el Acuerdo OTC no se cita ninguna organización internacional de normalización. En el párrafo 4 del anexo 1 del Acuerdo OTC sólo se hace una referencia general a una “institución o sistema internacional” como una institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros. Aporta orientaciones adicionales sobre la identificación de esas instituciones una Decisión del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (OMC, 2000b: 24-26, anexo 4) que establece principios relativos a la transparencia, la apertura, la imparcialidad y el consenso, la pertinencia y la eficacia, la coherencia y los intereses de los países en desarrollo, para contribuir a aclarar el concepto de normas internacionales a los efectos del Acuerdo OTC.

¹⁶⁶ Se reproduce sólo en términos generales el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF. Hay que señalar que sólo las normas que están en conformidad con normas internacionales, y no las que están simplemente basadas en ellas, gozan de esta presunción de conformidad salvo prueba en contrario. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación aclaró la diferencia entre los términos “basarán en” del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF y “estén en conformidad” del párrafo 2 de ese artículo. “Por supuesto, una medida que ‘esté en conformidad con’ e incorpora una norma del Codex Alimentarius ‘está basada en’ esa norma. Sin embargo, una medida basada en esa misma norma puede no conformarse con ella, como cuando solamente algunos elementos, y no todos, de la norma, están incorporados en la medida” (OMC, 1998: párrafo 163; véanse también los párrafos 164-166).

¹⁶⁷ En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación señaló, de forma sintética, lo siguiente: “En términos generales, el objeto y propósito del artículo 3 es promover la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias de los Miembros en el mayor grado posible, reconociendo y salvaguardando al mismo tiempo el derecho y el deber de los Miembros a proteger la vida y la salud de sus poblaciones. La meta última de la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias es impedir que tales medidas puedan utilizarse para discriminar de manera arbitraria o injustificable entre los Miembros o como restricción encubierta del comercio internacional, sin poner obstáculos a que los Miembros puedan adoptar o aplicar medidas que a la vez son ‘necesarias para proteger’ la vida o la salud de las personas y ‘están basadas en principios científicos’, y sin exigirles que modifiquen su nivel adecuado de protección. El requisito de una evaluación del riesgo, estipulado en el párrafo 1 del artículo 5, y el de los ‘testimonios científicos suficientes’ a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 2, son esenciales para mantener el equilibrio delicado y cuidadosamente negociado en el Acuerdo MSF entre los intereses compartidos, aunque algunas veces competidores, de promover el comercio internacional y proteger la vida y la salud de los seres humanos” (OMC, 1998: párrafo 177).

Se ha expuesto en anteriores secciones que una norma común puede facilitar el comercio transfronterizo, al aumentar la sustituibilidad entre los productos, incrementar la confianza de los consumidores en características específicas del producto, garantizar la compatibilidad entre productos, y de otras formas. En la medida en que la existencia de normas diferentes ha segmentado artificialmente el mercado interior, separándolo de los mercados extranjeros, se espera que la armonización traiga consigo un aumento del comercio y de la competencia y, en último término, una reducción de los precios y/o una mejora de la calidad. Todas esas razones pueden explicar el firme apoyo que en los Acuerdos OTC y MSF se da a la armonización y a la adhesión a normas internacionales. No obstante, el análisis realizado en la sección IIB ha puesto también de manifiesto que la armonización y la reducción de la variedad de productos que puede traer consigo no siempre son deseables, lo que pone de relieve la importancia de la flexibilidad que en los Acuerdos MSF y OTC se concede a los Miembros para que éstos puedan apartarse de las normas internacionales si acreditan que hay una justificación suficiente.

En la jurisprudencia de la OMC se ha hecho referencia a las normas internacionales en *CE - Sardinias* (véase el recuadro 24). En ese asunto, el Perú impugnó un Reglamento de las CE que prohibía la utilización en botes y latas del término "sardinias" para especies distintas de la *Sardina pilchardus* (capturada principalmente en las costas europeas). Una norma de comercialización para las sardinias en conserva de la Comisión del Codex Alimentarius FAO/OMS (Codex Stan 94) permite utilizar el término "sardinias" (aunque con la salvedad de que debe ir acompañado del nombre del país o de la especie) para varias especies distintas de la *Sardina pilchardus*, incluida la *Sardinops sagax* del Océano Pacífico capturada por el Perú. Las cuestiones fundamentales que se plantearon en conexión con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC eran si Codex Stan 94 constituía una norma internacional pertinente, si había servido de base para la medida en litigio y, de no ser así, las razones por las que no se había utilizado, es decir, las razones por las que se había considerado ineficaz o inapropiada para lograr el objetivo de política perseguido.

En relación con la primera cuestión, se rechazaron los argumentos de las CE. Las CE habían alegado que Codex Stan 94 no era una norma internacional pertinente, por cuanto no había sido adoptada por consenso, y que los productos que abarcaba eran distintos de los abarcados por el Reglamento de las CE. El Órgano de Apelación confirmó la decisión del Grupo Especial de que a los efectos del Acuerdo OTC, la definición de "norma" del párrafo 2 del anexo 1 de dicho Acuerdo no exigía la aprobación por consenso de las normas adoptadas por una "institución reconocida" de la comunidad internacional de normalización. Confirmó además que la norma del Codex "se refiere o es relativa o pertinente" al reglamento técnico de las CE. En consecuencia, debía considerarse que se trataba de una norma internacional pertinente que tenía consecuencias para especies de peces que podían venderse como sardinias en conserva, incluidas las conservas de *Sardinops sagax* (OMC, 2002: párrafos 227 y 232-233). Seguidamente, el Órgano de Apelación examinó si la norma del Codex se había utilizado "como base del" reglamento técnico de las CE, es decir, si había sido un "componente principal" de ese reglamento.¹⁶⁸ El Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que no era así, ya que para ello era preciso que no hubiera contradicción entre el reglamento técnico en cuestión y la norma internacional pertinente. En realidad, con arreglo al Reglamento de las CE, especies como la *Sardinops sagax* no podían ser llamadas "sardinias", aunque ese término se combinara con el nombre de un país, especie, etc., como se preveía en Codex Stan 94. Por último, el Órgano de Apelación declaró que la capacidad de una medida para lograr los objetivos declarados -su eficacia- y la adecuación de la medida para lograr esos objetivos -lo apropiado- "dependen decisivamente, ambas, de las percepciones y las expectativas de los consumidores de las Comunidades Europeas respecto de las conservas de sardinias" (OMC, 2002: párrafo 289). El Órgano de Apelación no consideró que hubiera pruebas de que los consumidores de las Comunidades Europeas hubieran asociado siempre la denominación "sardinias" exclusivamente a la *Sardina pilchardus*. El Órgano de Apelación señaló además que, con arreglo a Codex Stan 94, la sardina *Sardinops sagax* podía llevar una denominación distinta de la *Sardina pilchardus* y que el fin mismo de las disposiciones sobre etiquetado aplicables a las sardinias de especies distintas de la *Sardina pilchardus* era asegurar la transparencia del mercado (OMC, 2002: párrafo 290). En consecuencia, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que Codex Stan 94 no era ineficaz ni inapropiada para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por el Reglamento de las CE: transparencia del mercado, protección de los consumidores y competencia leal.

¹⁶⁸ El Órgano de Apelación, recurriendo a los diccionarios utilizados habitualmente, encontró más sinónimos y siguió además la orientación de su decisión conexas en el asunto *CE - Hormonas*. Véase OMC (2002): párrafos 244-245 y OMC (1998): párrafo 163.

Como hemos indicado anteriormente, el valor de la armonización depende en un grado decisivo de la disponibilidad de medios financieros y de competencia técnica en los países interesados en participar en el establecimiento internacional de normas. El asunto *CE - Sardinias* ha puesto de relieve la importancia de tomar parte en esos procesos. Tanto el Acuerdo MSF como el Acuerdo OTC obligan a los Miembros y a sus instituciones de normalización a participar en la preparación de normas internacionales dentro de los límites de sus recursos (párrafo 6 del artículo 2 del Acuerdo OTC y párrafo G del Código de Buena Conducta y párrafo 4 del artículo 3 del Acuerdo MSF). Se ha hecho un considerable esfuerzo para vigilar la utilización de las normas internacionales (de conformidad con el párrafo 5 del artículo 3 y el párrafo 4 del artículo 12 del Acuerdo MSF)¹⁶⁹ y para facilitar la participación de los países en desarrollo en la labor de las instituciones competentes, en particular, desde la Decisión de Doha sobre la Aplicación. En noviembre de 2000, los Miembros pidieron al Director General que analizara junto con las organizaciones internacionales de normalización pertinentes y con organizaciones intergubernamentales pertinentes mecanismos financieros y técnicos para facilitar la participación de los países en desarrollo en las actividades de normalización (“Acta de la reunión celebrada el 18 de octubre de 2000”, WT/GC/M/59, 13 de noviembre de 2000, párrafos 11 y 14). En 2001/2002, el Director General estableció comunicación a tal fin con varias instituciones internacionales de normalización y organizaciones intergubernamentales y preparó un informe en el que se recopilaba la información recibida de esas instituciones y organizaciones. En la Decisión Ministerial de Doha sobre las Cuestiones y Preocupaciones relativas a la Aplicación, adoptada el 14 de noviembre de 2001, los Ministros tomaron nota de las medidas adoptadas hasta la fecha por el Director General para facilitar la mayor participación de los Miembros con distintos niveles de desarrollo en la labor de las organizaciones internacionales de normalización pertinentes, así como de sus esfuerzos por establecer una coordinación con estas organizaciones y con instituciones financieras en la identificación de las necesidades de asistencia técnica relacionadas con los OTC y las MSF y la mejor forma de atenderlas. Se instó al Director General a que continuara sus esfuerzos de cooperación con estas organizaciones e instituciones a este respecto, incluso con miras a asignar prioridad a la participación efectiva de los países menos adelantados y a facilitar la prestación de asistencia técnica y financiera a este efecto.¹⁷⁰ En lo que respecta a las MSF, esta Decisión ha conducido, por ejemplo, al establecimiento por el Banco Mundial de un fondo (el Servicio de Elaboración de Normas y Fomento del Comercio) administrado por la OMC en colaboración con la FAO, la OIE, la OMS y el Banco Mundial. Otras organizaciones internacionales han creado sus propios mecanismos, tanto en la esfera de los OTC como en la de las MSF, como el “Fondo Fiduciario de la FAO y la OMS para la participación de los países en desarrollo y países en transición en la labor de la Comisión del Codex Alimentarius”. Estas actividades de creación de capacidad se han analizado más detalladamente en la sección IIC.

Recuadro 24: Diferencia planteada en la OMC: *CE - Denominación comercial de sardinias*

Esta diferencia surgió cuando las Comunidades Europeas prohibieron la utilización del término “sardinias peruanas” en latas que contenían especies de peces similares a las sardinias (*Sardinops sagax*) capturados frente a la costa peruana. El reglamento pertinente de las CE disponía que sólo podían comercializarse como sardinias en conserva productos preparados a base de *Sardina pilchardus* (la “sardina europea”). Dicho de otra forma, sólo los productos de esta especie tenían derecho a ostentar como parte de la denominación que figuraba en el envase la palabra “sardinias”.

El Grupo Especial, cuyo informe fue confirmado en septiembre de 2002 por el Órgano de Apelación, resolvió el asunto en favor del Perú. Constató que una norma establecida por la Comisión del Codex Alimentarius para los productos de la sardina constituía una “norma internacional pertinente” en el sentido del Acuerdo OTC. La norma del Codex establecía disposiciones específicas en materia de etiquetado para las sardinias en conserva preparadas con el pescado que figuraba en una lista de 21 especies, entre ellas la *Sardina pilchardus* y la *Sardinops sagax*. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación declararon que esta

¹⁶⁹ Véase además la documentación conexas, especialmente OMC (2004).

¹⁷⁰ Véase OMC (2001): párrafo 3.5 (MSF) y 5.3 (OTC) y OMC (2003): 12-13, sobre actividades de seguimiento.

norma no se había utilizado como base para el Reglamento de las CE y que no era un medio “ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos” perseguidos por el mismo. En consecuencia, se declaró que el Reglamento era incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

En julio de 2003, el Perú y las CE informaron al Órgano de Apelación de la OMC de que habían llegado a una solución mutuamente convenida de la diferencia. Con arreglo al Reglamento modificado de las CE, las sardinas peruanas podrán comercializarse en las CE con una denominación comercial consistente en la palabra “sardinas” en combinación con el nombre científico de la especie (por ejemplo, “Sardinas - Sardinops sagax”).

3. CONCLUSIONES

En la presente sección se han presentado los textos jurídicos relativos a las normas y se ha hecho un análisis de algunos de los conceptos fundamentales pertinentes a las normas tanto de los Acuerdos OTC y MSF como del GATT de 1994. Se han comparado esos conceptos con conceptos similares o análogos del análisis económico expuesto en la sección IIB y se ha hecho referencia además a la jurisprudencia pertinente de la OMC. Se ha puesto de manifiesto que el razonamiento económico y el razonamiento jurídico siguen líneas muy similares. No obstante, se han destacado también varias cuestiones aún no resueltas que se reseñan a continuación.

Maximización del bienestar nacional y maximización del bienestar mundial

Las normas destinadas a resolver algunas de las deficiencias del mercado analizadas en la sección IIB pueden tener efectos negativos en el comercio. En tal caso, la norma de que se trate puede reducir el bienestar de los interlocutores comerciales del país que la impone. Es asimismo posible que las pérdidas consiguientes compensen las ventajas derivadas para el país que adopta la política en cuestión. Dicho de otra forma, la norma no maximiza el bienestar mundial. No parece haberse definido expresamente la función exacta de la OMC en ese contexto.

La OMC es una organización multilateral cuya función se ha definido frecuentemente desde el punto de vista de la maximización del bienestar mundial. No obstante, en lo que respecta a la utilización de las normas, los textos jurídicos y la jurisprudencia de la OMC indican claramente que los Miembros tienen derecho a definir su propio “nivel adecuado de protección”. Ese concepto se refiere a la maximización del bienestar nacional. Se ha aducido también que las políticas óptimas desde el punto de vista del bienestar nacional deben considerarse compatibles con los Acuerdos de la OMC. No obstante, es preciso reconocer que la maximización del bienestar mundial resultará de hecho difícil en este contexto, porque esa maximización exigiría la ponderación de los diferentes “niveles adecuados de protección” de todos los Miembros.

La función de los intereses de los consumidores y de los testimonios científicos

Las preferencias de los consumidores desempeñan una función decisiva en el análisis económico cuando se trata de determinar la política gubernamental apropiada. Es probable que los testimonios científicos sean uno de los factores determinantes de las opiniones de que los consumidores, lo que plantea importantes cuestiones acerca de la posibilidad de los consumidores dispongan de testimonios científicos, de la calidad de esos testimonios y de su oportunidad. Pero es posible que los consumidores no basen únicamente su opinión en testimonios científicos. Otras fuentes de información, incluidos los medios de comunicación influyen en la opinión de los consumidores. Es posible además que los consumidores sencillamente carezcan de acceso adecuado a los testimonios científicos pertinentes. En consecuencia, sus opiniones con respecto a determinadas políticas gubernamentales, por ejemplo, en materia de inocuidad de los alimentos o en relación con las normas ambientales, serían “erróneas” desde el punto de vista de los testimonios científicos. Por ejemplo, cabe que los consumidores sobreestimen los riesgos que presenta para la salud un determinado producto alimenticio.

En esta situación, un gobierno que actúe de forma fundamentada debe sopesar los costos de la medida y los beneficios actuales y futuros que entraña en relación con la reducción de los riesgos. Es probable que los beneficios futuros sean menores que los que esperan actualmente los consumidores debido a su apreciación errónea del riesgo real que se presenta. Dicho de otra forma, las políticas basadas en opiniones erróneas de los consumidores acerca del riesgo pueden acabar resultando muy costosas para la sociedad. Aún así, los beneficios actuales para los consumidores pueden ser lo suficientemente importantes para adoptar una medida de política distinta de la que parece más adecuada desde un punto de vista estrictamente científico. Los gobiernos tienen a este respecto la función de mejorar la calidad de la información de la que disponen los consumidores. No obstante, el ejemplo plantea una cuestión interesante, que se ha planteado también en las obras pertinentes. ¿Qué ocurre si el demandado aduce que la protección de la salud es solamente un objetivo y que la base real de la medida son las preocupaciones o las pautas morales de los consumidores? En tal caso, ¿debe la medida considerarse una MSF o no? Esta cuestión es importante, por cuanto el Acuerdo MSF establece en forma muy clara que la necesidad de medidas debe estar justificada sobre la base de testimonios científicos, mientras que en el Acuerdo OTC la exigencia de justificación científica se define de forma menos rigurosa.

La función de las normas internacionales

En el análisis económico de la sección IIB se llegaba a la conclusión de que la armonización internacional de las normas no es en todos los casos un objetivo conveniente desde el punto de vista nacional o mundial. El análisis que se hace en la presente sección ha puesto de manifiesto que los Acuerdos de la OMC promueven el establecimiento y utilización de normas internacionales. En particular, en virtud tanto del Acuerdo MSF como del Acuerdo OTC, se presume que los países que aplican una norma internacional aplican políticas compatibles con la OMC. ¿Habría que llegar a la conclusión de que los Acuerdos de la OMC están en contradicción con el pensamiento económico?

No necesariamente. Ninguno de esos dos Acuerdos excluye las desviaciones de las normas internacionales, que pueden ser compatibles con la OMC si persiguen objetivos legítimos. Además, el Acuerdo MSF exige que se demuestre la existencia de una relación racional entre la medida de política pertinente y el objetivo, o más concretamente, el “nivel adecuado de protección” del Miembro. Todos esos requisitos tienen sentido desde el punto de vista económico. En particular, la importancia que se da a los testimonios científicos en el Acuerdo MSF parece justificada teniendo en cuenta que ese Acuerdo se ocupa únicamente de las medidas obligatorias. El análisis de la sección IIB ha puesto de manifiesto que las medidas obligatorias suelen tener un fuerte impacto en las transacciones en el mercado en general y en las corrientes comerciales en particular. Por ello, las consideraciones basadas en la maximización del bienestar llevarían probablemente a un economista a la conclusión de que esas medidas deben estar basadas en pruebas muy sólidas.

¿Cómo pueden hacerse cumplir las normas de procesos en el sistema multilateral de comercio?

Durante mucho tiempo el sistema multilateral de comercio ha vacilado en ocuparse de los PMP no incorporados, pero a raíz de la decisión en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, puede sostenerse que esas medidas han pasado a formar parte del sistema. No obstante, subsisten las preocupaciones en torno a su aplicación. Los PMP no incorporados no pueden ser controlados en frontera e implican un control en el sitio de producción del país exportador. En *Estados Unidos - Camarones* se trataba de embarcaciones, pero, en otros casos, este hecho puede implicar el control de otros tipos de sitios de producción. No es seguro que los países exportadores acepten que, como regla general, inspectores de los países importadores inspeccionen sitios de producción en su territorio.