

2013

Centro de
Derecho
Económico
Internacional
del ITAM

Autores:

Yahir Acosta

y

Bradly Condon

MONOGRAFÍA DEL ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO DE LA OMC

Este documento analiza a profundidad las disposiciones del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). También incluye referencias a la jurisprudencia pertinente, incluida la más reciente trilogía de casos en los asuntos *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - EPO*.

Agradecimientos especiales:

A la Cátedra OMC - México por financiar este proyecto.

A Paola Jiménez Casanova por su apoyo en la gestión editorial de este documento.

Monografía del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

I.	Preámbulo, objeto y fin del <i>Acuerdo OTC</i>	1
II.	Relación con otros acuerdos e instrumentos jurídicos internacionales	4
III.	Alcance (artículo 1)	9
IV.	“Reglamento técnico” (Anexo 1.1)	10
V.	Norma (Anexo 1.2).....	16
VI.	Procedimiento para la evaluación de la conformidad (Anexo 1.3)	17
VII.	Trato nacional y Nación más favorecida (artículo 2.1)	18
VIII.	Obstáculos innecesarios al comercio (artículo 2.2).....	40
IX.	Los reglamentos técnicos no son eternos (artículo 2.3)	48
X.	Normas internacionales como base (artículo 2.4)	48
XI.	Derecho de petición y de suministro de información (artículo 2.5).....	66
XII.	Armonización y reconocimiento mutuo (artículo 2.6 y 2.7)	68
XIII.	Elaboración y adopción de reglamentos técnicos (artículo 2.8).....	68
XIV.	Casos en que no exista una norma internacional pertinente (artículo 2.9).....	72
XV.	Excepciones al artículo 2.9 por cuestiones de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional (artículo 2.10).....	81
XVI.	Publicación y plazo prudencial para la entrada en vigor de los reglamentos técnicos (artículo 2.11 y 2.12)	82
XVII.	Otras obligaciones (artículos 3 y 4).....	86
XVIII.	Procedimientos de evaluación de la conformidad (artículos 5 a 9).....	86
XIX.	Información y asistencia (artículo 10 y 11).....	87
XX.	Trato especial y diferenciado (artículo 12).....	87
XXI.	Instituciones, consultas y solución de diferencias (artículos 13 y 14)	89
XXII.	Resumen de puntos claves.....	89

I. Preámbulo, objeto y fin del Acuerdo OTC

En general, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (*Acuerdo OTC*) persigue dos objetivos. Por un lado, se encuentra el objetivo de la liberalización del comercio, el cual es un objetivo común a la constelación de acuerdos OMC. Por otro lado, el *Acuerdo OTC* también tiene como objetivo cristalizar el derecho de los Miembros a adoptar reglamentaciones. Como lo señaló el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el objeto y fin del *Acuerdo OTC* es establecer un equilibrio entre ambos objetivos.¹

Como sabemos, de conformidad con el art. 31 y 32 de la convención de Viena, el preámbulo de un tratado internacional forma parte del contexto relevante para construir una interpretación integral y armónica de las obligaciones y derechos internacionales. Por esta razón, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han acudido al texto del preámbulo del *Acuerdo OTC* para formular interpretaciones de las obligaciones sustantivas contenidas en el texto del *Acuerdo OTC*, así como en sus anexos.

“El objeto y fin del *Acuerdo OTC* se ponen de manifiesto, en gran parte, por los dos grupos principales de disposiciones sustantivas que contiene: uno que atañe a los reglamentos técnicos y las normas, en los artículos 2 a 4, y otro que atañe a los procedimientos de evaluación de la conformidad, en los artículos 5 a 9. Esto es algo que también se refleja en el preámbulo, donde esta distinción se establece en el quinto párrafo, así como en los párrafos tercero y cuarto.”²

Específicamente, el preámbulo aborda varios asuntos que pueden ser clasificados en cinco temas: 1) la relación del *Acuerdo OTC* con otros acuerdos en el sistema OMC; 2) la relación del *Acuerdo OTC* con otras normas internacionales y sistemas internacionales de evaluación de la conformidad, relevantes al tema de la reglamentación; 3) el derecho de los Miembros a proteger intereses esenciales, ya sea la salud humana, la protección del medio ambiente, la seguridad, entre otros; 4) la obligación de los Miembros de no aplicar reglamentaciones de manera discriminatoria o injustificada, o de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional; y, 5) el reconocimiento del trato especial y diferenciado para con los países en desarrollo.

Así las cosas, nos parece oportuno comenzar explorando y explicando el contenido del preámbulo mencionado, siguiendo el orden establecido en sus propios considerandos.

Como debe ser, en el primer considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* se establece la relación paterno-filial de este acuerdo, es decir, este tratado internacional fue originado por la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. Es importante mencionar que fue gracias a la Ronda Uruguay que el *Acuerdo OTC* vio la luz como un acuerdo multilateral de comercio, por oposición a un acuerdo plurilateral. Antes de 1994

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012, párrafo 174.

² Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, Reclamación de Australia*, WT/DS290/R, adoptado el 20 de abril de 2005, párrafo 7.513.

existía el código de Tokio, pero como mencionamos su alcance estaba limitado y obligaba a tan sólo algunos Miembros.

En el segundo considerando, el preámbulo establece su deseo de promover la realización de los objetivos del GATT de 1994. El Órgano de Apelación ha aceptado que esto “indica que el *Acuerdo OTC* es un "desarrollo" o un "paso adelante" de las disciplinas del GATT de 1994”³. En la misma oportunidad el Órgano de Apelación aprovechó para mencionar que ambos acuerdos tienen objetivos similares y ámbitos de aplicación que coinciden parcialmente. Esto nos anticipa que de acuerdo al máximo tribunal de la OMC la relación entre estos dos acuerdos es amistosa y armónica. Más adelante estudiaremos esta relación a profundidad, pero desde este momento recordamos que para el Grupo Especial en el caso *CE - Sardinias* quedó claro que el *Acuerdo OTC* otorga una cierta deferencia con respecto de los objetivos de política pública que los Miembros desean perseguir, y sin embargo el propio *Acuerdo OTC* muestra una menor deferencia respecto de los medios que los Miembros pueden elegir para alcanzar dichos objetivos.⁴

El tercer considerando del preámbulo subraya la importancia de la relación entre las normas internacionales y la facilitación del comercio internacional. Así las cosas, en el preámbulo se reconoce la contribución que aquéllas pueden tener para aumentar la eficacia en la producción y la facilitación de los intercambios comerciales entre los Miembros. Por esta razón, en el cuarto considerando se expresa el deseo de alentar la elaboración de normas internacionales y de sistemas internacionales de evaluaciones de la conformidad.

Sin embargo, lo anterior no implica una armonización obligatoria. En lugar de la armonización obligatoria, cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes, los Miembros utilizarán esas normas internacionales como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos.

En el quinto considerando se dibuja un contraste respecto del tercer y cuarto considerando. El quinto considerando del *Acuerdo OTC* expresa el "deseo" de que los reglamentos técnicos, las normas técnicas y los procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. El Órgano de Apelación estimó que el quinto considerando tiene su reflejo en las disposiciones del *Acuerdo OTC* que están dirigidas a reducir los obstáculos al comercio internacional y que limitan el derecho de los Miembros a reglamentar, por ejemplo, prohibiendo la discriminación contra los productos importados (artículo 2.1) o exigiendo que los reglamentos técnicos no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo (artículo 2.2).⁵

³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 91.

⁴ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinias*, WT/DS231/R y Corr.1, adoptado el 23 de octubre de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS231/AB/R, adoptado el 29 de mayo de 2002, párrafo 7.119.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 92-93.

No obstante, el objetivo de evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional está matizado en el sexto considerando por el reconocimiento expreso del derecho de los Miembros a reglamentar con miras a alcanzar ciertos objetivos legítimos. El sexto considerando sirve de contrapeso al objetivo de liberalización del comercio que expresa el quinto considerando. Se "reconoce" el derecho de los Miembros a reglamentar frente al "deseo" de evitar que se creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. Según el Órgano de Apelación, el sexto considerando indica que los Miembros tienen derecho a recurrir a reglamentos técnicos para alcanzar sus objetivos legítimos, siempre que lo hagan de manera imparcial y de forma que en lo demás sea conforme a las disposiciones del *Acuerdo OTC*. De este modo, el equilibrio que se establece en el preámbulo del *Acuerdo OTC* entre el deseo de evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional, de un lado, y el reconocimiento del derecho de los Miembros a reglamentar, de otro, no es en principio diferente del equilibrio establecido en el GATT de 1994, en el que la disposición del artículo XX sobre excepciones generales limita obligaciones como la de trato nacional del artículo III.⁶

El importantísimo sexto considerando es un reflejo del derecho que tienen todos los países para adoptar medidas necesarias que aseguren lo siguiente:

1. La calidad de sus exportaciones
2. La protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales
3. La protección del medio ambiente, y
4. La prevención de prácticas que puedan inducir a error.

Es esencial mencionar que el propio preámbulo en este considerando establece que los países pueden elegir los niveles de protección que consideran apropiados para cada uno de estos puntos. Esto fue confirmado por el Grupo Especial en el caso *CE - Sardinias*⁷, en el contexto de su análisis del artículo 2.2 del *Acuerdo OTC*.

Asimismo, en el sexto considerando se estableció una condición suspensiva para el ejercicio de este derecho, por parte de los Miembros de la OMC. Dicha condición consiste en que en la aplicación de las medidas necesarias, en la forma de reglamentos técnicos y normas, no puede hacerse de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional.

Como vemos, esta parte del preámbulo refleja el balance de derechos y obligaciones que se encuentran en el GATT, que tienen por objetivo evitar las barreras comerciales sin impedir el derecho de los Miembros de perseguir otros objetivos como la protección del medio ambiente y de la salud humana y la seguridad. Estos objetivos se implementan en las disposiciones del *Acuerdo OTC* relativas al trato nacional, el trato de la nación más favorecida y reglas detalladas sobre la adopción y la aplicación de los reglamentos técnicos.

⁶ *Ibid*, párrafos 94-96.

⁷ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.119 y 7.120.

Para la casuística de la OMC este sexto considerando ha representado una gran herramienta para completar y confirmar las interpretaciones relacionadas con el artículo 2.2 del *Acuerdo OTC*.⁸

El séptimo considerando también hace eco del derecho de los países para adoptar medidas necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad. Notamos aquí que es curioso que este considerando no venga calificado o matizado por la condición suspensiva contenida en el considerado sexto. Sólo cabe preguntarnos si los Miembros de la OMC tendrían una mayor facilidad para adoptar medidas que protejan la seguridad y una menor facilidad para adoptar medidas que protejan alguno de los valores listados en el considerado sexto. Puesto de otra manera, ¿por qué no se incluyó el valor de la seguridad en el considerado sexto y se creó, en cambio, un párrafo específico en el considerando séptimo que aborda este tema?

Por último, el considerando octavo y noveno hacen mención expresa de los países en desarrollo. En primer lugar, en el párrafo octavo del preámbulo y en las disposiciones del mismo *Acuerdo OTC*, se toca el tema de la contribución que la normalización internacional puede hacer a la transferencia de tecnología de los países desarrollados hacia los países en desarrollo. No obstante, el preámbulo en su considerando noveno reconoce que los países en desarrollo pueden encontrar dificultades especiales en la elaboración y la aplicación de reglamentos técnicos y de normas, así como de procedimientos de evaluación de la conformidad con los reglamentos técnicos y las normas. Por consiguiente, también menciona el deseo de ayudar a esos países en los esfuerzos que realicen en esta esfera, un objetivo que se persigue con disposiciones sobre la asistencia técnica.

II. Relación con otros acuerdos e instrumentos jurídicos internacionales

1. Relación con el GATT

La Nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC estipula que, en caso de conflicto entre una disposición del GATT y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A (es decir, los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías) prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo. Es decir, se aplica un criterio *lex specialis*. Por eso, si hay conflicto entre el GATT y el *Acuerdo OTC*, prevalece el *Acuerdo OTC*. Sin embargo, si no hay conflicto, ambos acuerdos se aplican.

Como hemos visto, el segundo considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* establece su deseo de promover la realización de los objetivos del GATT de 1994. El Órgano de Apelación ha aceptado que esto “indica que el *Acuerdo OTC* es un “desarrollo” o un “paso adelante” de las disciplinas del GATT de 1994”⁹. En la misma oportunidad el Órgano de Apelación aprovechó para mencionar que ambos acuerdos tienen objetivos similares y

⁸ *Ibidem*.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 91.

ámbito de aplicación que coinciden parcialmente. Esto nos adelanta que de acuerdo al máximo tribunal de la OMC la relación entre estos dos acuerdos es amistosa y armónica.¹⁰

Así las cosas, el *Acuerdo OTC* desarrolla disciplinas preexistentes del GATT y lo hace mediante un régimen jurídico especial que se aplica solamente a una clase limitada de medidas. Para el caso de esas medidas, el *Acuerdo OTC* impone a los Miembros unas obligaciones que son diferentes de las obligaciones impuestas a los Miembros por el GATT y que se añaden a esas obligaciones.¹¹ Además, mientras el *Acuerdo OTC* se aplica a los productos agropecuarios, en virtud del artículo 1.5, el *Acuerdo OTC* no se aplica a las medidas sanitarias y fitosanitarias, las cuales se regulan en Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Cuando se alegan violaciones del *Acuerdo OTC* y el GATT, el Órgano de Apelación analiza las alegaciones relativas al *Acuerdo OTC* primero.¹² Cuando hay dos acuerdos que se aplican a la vez, los grupos especiales deben considerar normalmente el acuerdo más específico antes que el más general. Por consiguiente, si se alega que la medida en litigio es un reglamento técnico, el análisis basado en el *Acuerdo OTC* debe preceder a cualquier examen basado en el GATT.¹³

2. Artículo III del GATT de 1994

En un caso, el Órgano de Apelación consideró que el *Acuerdo OTC* y el artículo III del GATT pueden aplicarse al mismo asunto, pero no tuvo información suficiente sobre las alegaciones relativas al *Acuerdo OTC* para completar el análisis del Grupo Especial.¹⁴ Subrayó que esto no significa que todas las medidas internas comprendidas en el párrafo 4 del artículo III del GATT que “afecten” a la “venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso” de un producto sean, necesariamente, “reglamentos técnicos” a los efectos del *Acuerdo OTC*.¹⁵ En otro asunto, dado que encontró una violación del *Acuerdo OTC*, el Órgano de Apelación no analizó la alegación relativa al artículo III.¹⁶

Recientemente, grupos especiales y el OA han tenido oportunidad de profundizar el análisis en este respecto. Para conocer los detalles de estos análisis, pedimos a nuestros lectores que dirijan su atención al estudio que hacemos más adelante, respecto del artículo 2.1 del el *Acuerdo OTC*, especialmente al análisis respectivo hecho por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, ya que consideramos que esta decisión sintetiza inteligentemente lo expuesto anteriormente en otros casos.¹⁷

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 80.

¹² Véanse el Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, y el Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*.

¹³ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafos 7.15-7.16. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 204.

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 83.

¹⁵ *Ibid*, párrafo 77.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 313.

¹⁷ Nos referimos a lo expuesto en los Informes del Órgano de Apelación en los casos *Estados Unidos - Amianto* y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*. Como veremos más adelante también es relevante el

3. Artículo XX del GATT de 1994

En *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* el Grupo Especial encontró que las medidas en cuestión eran inconsistentes con el párrafo 1 del artículo 2 y explicó por qué no habría ninguna conclusión sobre la disponibilidad del artículo XX como defensa para justificar la violación del artículo 2.1:

“En relación con la infracción del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, los Estados Unidos han dejado claro que "no invoca[n] el artículo XX del GATT de 1994 como defensa de las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del *Acuerdo OTC*".¹⁸ Dadas las circunstancias, entendemos que los Estados Unidos opinan que no es necesario que el Grupo Especial formule una constatación sobre la posibilidad de ampararse en el artículo XX para justificar la infracción de una disposición del *Acuerdo OTC*.¹⁹

Nuestra tarea consiste en hacer una evaluación objetiva del asunto que se nos ha sometido.²⁰ No nos corresponde ampliar la materia que nos ha sido presentada por las partes. Por lo tanto, no emprendemos un análisis del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.”

4. Artículo X del GATT de 1994

A. Párrafo 3 a) del artículo X

En el diferendo comercial *Estados Unidos - EPO*, Canadá y México alegaron ante el Grupo Especial la incompatibilidad de la medida sobre el EPO con el artículo X del GATT.

Por un lado, el Canadá impugnó la carta de Vilsack al amparo del párrafo 3 a) del artículo X. Por otro lado, “México también presentó una alegación al amparo de dicho artículo contra los supuestos cambios en la interpretación de la medida sobre el EPO reflejados en las directrices del USDA, la presión privada del Gobierno estadounidense a empresas individuales, y la carta de Vilsack. [Por consiguiente, el Grupo Especial procedió a examinar] las alegaciones de los reclamantes concernientes a la aplicación por los Estados Unidos de la medida sobre el EPO en el marco del párrafo 3 a) del artículo X”.²¹ El Grupo Especial estableció sus criterios para el análisis de la mencionada disposición de la siguiente forma:

“Para establecer la existencia de una infracción del párrafo 3 a) del artículo X una parte reclamante tiene que demostrar que el Miembro demandado aplica los instrumentos jurídicos del tipo descrito en el párrafo 1 del artículo X de una manera que no satisface el criterio de uniformidad, imparcialidad o razonabilidad enunciado en el párrafo 3 a) del artículo X.”²²

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, aunque no creemos que el Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* lo haya tomado en cuenta.

¹⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 159.

¹⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafo 160.

²⁰ Artículo 11 del ESD.

²¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.808.

²² *Ibid*, párrafo 7.812.

B. Leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas del tipo descrito en el párrafo 1 del artículo X

Las partes no discutieron que la medida sobre el EPO está comprendida en la categoría de "leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas descrita en el párrafo 1" del artículo X del GATT de 1994 y a la que se hace referencia en el párrafo 3 a) del artículo X. Por lo tanto, el Grupo Especial pasó a examinar el siguiente elemento de análisis.

C. "Aplicará" sus leyes y reglamentos

Esencialmente el argumento del Canadá y el de México (los reclamantes) es el mismo. Sin embargo, con objetivos meramente taxonómicos, desglosaremos, como hizo el Grupo Especial²³, los argumentos de las partes reclamantes.

a. El argumento del Canadá

El Grupo Especial dijo que el contenido de la carta de Vilsack y las circunstancias que rodean a su emisión, como explican los Estados Unidos, indican que el envío de esa carta a la rama de producción estadounidense está comprendido en el amplio ámbito de autoridad administrativa otorgado al USDA por lo que respecta a la medida sobre el EPO, incluidas cualesquiera orientaciones que pudieran darse al público sobre las prescripciones específicas de la medida. También observó que la carta de Vilsack confirmó efectivamente la aplicación de la Norma definitiva de 2009 (AMS), lo cual, estimó el Grupo Especial, está comprendido en el ámbito de la aplicación de la medida sobre el EPO. En cualquier caso, el Grupo Especial sentenció que aun a falta de algún caso concreto de aplicación, el contexto en que el Secretario Vilsack envió la carta a la rama de producción ofrece en general un fundamento suficiente para considerar que la carta constituye un acto de aplicación de la medida sobre el EPO.²⁴

En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que la emisión de la carta de Vilsack está comprendida en el alcance del término "aplicará" que figura en el párrafo 3 a) del artículo X.

b. El argumento de México

México alegó que determinados contactos entre los productores de carne y el USDA orientaron la decisión de esos productores de carne sobre la manera de cumplir las prescripciones de etiquetado, es decir, que el gobierno de los Estados Unidos "orientó" la decisión de los productores de carne para que éstos utilizaran la etiqueta que era exclusiva para productos estadounidenses, en lugar de otras etiquetas. El Grupo Especial llegó a la

²³ A petición de los Estados Unidos y sin objeción por el Canadá ni México, el Grupo Especial analizó separadamente las alegaciones de los reclamantes. Ver Nota en portada del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – EPO*.

²⁴ *Ibid*, párrafo 7.827-7.829.

conclusión de que las pruebas demostraron,²⁵ en su conjunto, que el USDA dio orientaciones a los productores de carne en este sentido. Esto, a juicio del Grupo Especial, constituye un acto de aplicación en el sentido del párrafo 3 a) del artículo X.

D. Aplicación "no razonable" de leyes y reglamentos

El Grupo Especial estableció que “la determinación de si un acto de aplicación puede considerarse razonable en el sentido del párrafo 3 a) del artículo X conlleva un examen de las circunstancias fácticas propias de cada caso. Así lo confirman anteriores diferencias en las que se entendió que el requisito de aplicación razonable requería un examen de las características del acto administrativo en cuestión a la luz de su objetivo, causa o fundamento”.²⁶

a. Argumento del Canadá - la carta de Vilsack

Al parecer, el Grupo Especial equiparó el término “razonable” con “apropiado”, ya que al considerar inapropiada la carta de Vilsack, la consideró una aplicación irrazonable de la medida sobre el EPO. Así lo dijo:

“Basándonos en la manera en que el Secretario de Agricultura abordó la decisión de aplicar la Norma definitiva de 2009 (AMS), así como en las circunstancias en las que dicha carta se emitió, estimamos que la carta de Vilsack no era "apropiada", por lo que no satisface la obligación de aplicar razonablemente la medida sobre el EPO, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo X.”²⁷

Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que el Canadá demostró que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 a) del artículo X al no aplicar la medida sobre el EPO de manera razonable mediante la emisión de la carta de Vilsack.

b. Argumento de México - cambios en la interpretación y las orientaciones del USDA

Por el contrario a la constatación sobre el Canadá, el Grupo Especial no opinó de la misma forma sobre la alegación mexicana. Constató que, a diferencia de lo concerniente a la carta de Vilsack, “México no ha establecido que los Estados Unidos no aplicaron la

²⁵ Entre las pruebas ofrecidas por México existían “artículos de prensa y cartas de la rama de producción a sus clientes. En esa serie de pruebas se hace referencia a determinadas informaciones y comunicaciones del Gobierno de los Estados Unidos relacionadas con las prescripciones de etiquetado establecidas en la medida sobre el EPO. México trata de demostrar que determinados contactos entre los productores de carne y el USDA, a los que se hace referencia en esas pruebas documentales, han orientado la decisión de esos productores de carne sobre la manera de cumplir las prescripciones de etiquetado. [...] etiquetar la mayoría de los cortes de carne (músculo) en la categoría A [en lugar de la B]. A pesar de la falta de pruebas que demuestren la existencia de contactos específicos entre el USDA y los productores de carne, como se indica en esas pruebas documentales, podemos inferir de ellas que el USDA dio a los productores de carne alguna información u orientación sobre las prescripciones de etiquetado. Observamos asimismo que los Estados Unidos no han argumentado que esa información u orientación del USDA, tal como se menciona en esas pruebas documentales, no existió.” *Ibid*, párrafo 7.841.

²⁶ *Ibid*, párrafo 7.851.

²⁷ *Ibid*, párrafo 7.863.

medida sobre el EPO de manera razonable debido a los cambios en las orientaciones del USDA sobre las prescripciones de etiquetado establecidas en la medida sobre el EPO”.²⁸

E. Conclusión sobre las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 3 a) del artículo X

El Grupo Especial concluyó que el Canadá y México han establecido que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 a) del artículo X al no haber aplicado la medida sobre el EPO de manera razonable debido a la emisión de la carta de Vilsack.

Sin embargo, constató que “México no ha demostrado que los cambios en las orientaciones del USDA sobre las prescripciones de etiquetado de la medida sobre el EPO a que ha hecho referencia no constituyen un acto de aplicación razonable de la medida sobre el EPO, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo X. Constat[ó] asimismo que México no ha establecido que los Estados Unidos aplicaron la medida sobre el EPO de manera no uniforme y parcial, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 3 a) del artículo X”.²⁹

5. Relación con la Guía 2 de la ISO/CEI

De conformidad con el anexo 1 del el *Acuerdo OTC*, los términos definidos en este anexo serán aplicables al *Acuerdo OTC* si y sólo si estas definiciones son diferentes a aquéllas contenidas en la Guía 2 de la ISO/CEI.³⁰ En otras palabras, los términos definidos en el Anexo 1 se aplican a los fines del *Acuerdo OTC* cuando sus definiciones *se apartan* de las que figuran en la Guía de la ISO/CEI.³¹

III. Alcance (artículo 1)

En virtud del artículo 1.3 del *Acuerdo OTC*, este Acuerdo se aplica a todos los productos, comprendidos los industriales y los agropecuarios. Sin embargo, gracias al artículo 1.5, el *Acuerdo OTC* no se aplica a las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Anexo A del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF).³²

Lo anterior no excluye la posibilidad de presentar argumentos principales bajo el *Acuerdo OTC*, y argumentos alternativos bajo el Acuerdo MSF. De hecho, esta ha sido la estrategia en los litigios presentados por algunos países, como en el caso *CE - Aprobación y*

²⁸ *Ibid*, párrafo 7.864.

²⁹ *Ibid*, párrafo 7.887.

³⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/R, adoptado el 13 de junio de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS381/AB/R, párrafo 7.661

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 224.

³² Véase la monografía sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Véanse también *CE - Hormonas (Estados Unidos)*, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.29 y *CE - Hormonas (Canadá)*, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.32.

*comercialización de productos biotecnológicos y en el caso Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor.*³³

Por su parte, el artículo 1.4 del *Acuerdo OTC* establece que sus disposiciones tampoco se aplican a las especificaciones de compra establecidas por instituciones gubernamentales para las necesidades de producción o de consumo de instituciones gubernamentales, sino que se regirán por el Acuerdo sobre Contratación Pública, en función del alcance de éste.

Es importante recalcar que si una medida no es un “reglamento técnico”, no está comprendida en el ámbito de aplicación del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, la determinación de si una medida es un “reglamento técnico” es una cuestión preliminar para que sea aplicable el *Acuerdo OTC*.³⁴ Esto es crucial para la aplicación de las obligaciones de Trato Nacional y Nación más Favorecida contenidas, como veremos adelante, en el artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

IV. “Reglamento técnico” (Anexo 1.1)

El término “reglamento técnico” se define en el Anexo 1.1 del *Acuerdo OTC* como 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.

1. El análisis tri-fásico

Según el Órgano de Apelación³⁵, un documento debe cumplir tres criterios para quedar comprendido en la definición de “reglamento técnico”:

- Primero, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable. No obstante, el producto o grupo de productos identificable no tiene que estar expresamente identificado en el documento.
- Segundo, el documento debe establecer una o más características del producto. Estas características del producto pueden ser intrínsecas o pueden estar relacionadas con él. Las características se pueden prescribir o imponer de forma afirmativa o negativa.

³³ Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Corr.1, y Add.1 a 9, adoptados el 21 de noviembre de 2006; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/R, adoptado el 24 de abril de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS406/AB/R.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafo 59. Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafo 175.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 176. Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 66-70.

- Tercero, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria. Además, los tres criterios relativos al carácter de reglamento técnico son acumulativos, por lo que no es necesario que se apliquen en un orden determinado.³⁶ Asimismo, “El Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* declaró que si se constata que no se cumple uno de los tres elementos de la definición de "reglamento técnico", es innecesario examinar los otros dos elementos.”³⁷

Recientemente algunos grupos especiales y el Órgano de Apelación han tenido oportunidad de probar cuáles son los límites de estos tres criterios comprendidos en la definición de reglamento técnico. Específicamente han analizado profusamente el tercer criterio, es decir, la obligatoriedad de las medidas, aunque también se han pronunciado respecto de los otros dos requisitos.

2. *Primero, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable*

En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación explicó que un reglamento técnico debe ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable, porque de lo contrario, la aplicación coercitiva del reglamento sería en la práctica imposible. El Órgano de Apelación añadió que no es preciso que el producto o grupo de productos identificable se especifique expresamente en el documento, es decir, que los productos identificables a los que es aplicable una medida pueden determinarse también con arreglo al contenido sustantivo de la medida de que se trate. El Órgano de Apelación llegó a esta conclusión porque nada en el texto del *Acuerdo OTC* sugiere que los productos necesiten ser nombrados o expresamente identificados en un reglamento técnico. De hecho, un miembro de la OMC puede tener razones sólidas para formular reglamentos técnicos en una manera que no identifique expresamente los productos por su nombre, pero en todo caso el reglamento técnico deberá hacer posible su identificación.³⁸

3. *Segundo, el documento debe establecer una o más características del producto.*

Estas características del producto pueden ser intrínsecas o pueden estar relacionadas con él. Las características se pueden prescribir o imponer de forma afirmativa o negativa.

A. *Características de un producto*

En *CE - Amianto* el Órgano de Apelación clasificó este punto de la siguiente forma:

“La esencia de la definición de "reglamento técnico" es que en un "documento" se han de "establecer" (es decir, enunciar, estipular o disponer) las "*características* de un producto". El término "características" tiene una serie de sinónimos que son útiles para entender el sentido

³⁶ Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/R / WT/DS386/R, adoptados el 23 de julio de 2012, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, párrafo 7.149

³⁷ *Ibid*, párrafo 7.195.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70.

corriente de ese término en este contexto. Así, las "características" de un producto incluyen, en nuestra opinión, cualesquiera "calidades", "atributos", "peculiaridades" u otras "marcas distintivas" de un producto que sean objetivamente definibles. Tales "características" pueden referirse, en particular, a la composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad de un producto. En la definición de "reglamento técnico" que figura en el punto 1 del Anexo 1, el propio *Acuerdo OTC* da ciertos ejemplos de "características de un producto": "prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado". Estos ejemplos indican que las "características de un producto" incluyen no sólo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también características conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto.³⁹

En *CE - Sardinias* el Órgano de Apelación recordó el pasaje antes citado e hizo énfasis en que las características del producto incluyen no sólo "las características y calidades intrínsecas del producto", sino también los que están relacionados con ella, como los medios de identificación.⁴⁰

Un "medio de identificación" es una característica del producto. Un nombre identifica claramente un producto y es un "medio de identificación".⁴¹

B. de forma afirmativa o negativa

Las medidas en disputa en *CE - Amianto* y *CE - Sardinias* establecieron las características del producto en forma negativa. En ambos casos se constató estar frente a "reglamentos técnicos" en el sentido del Anexo 1.1 del *Acuerdo OTC*.

En este orden de ideas, el Órgano de Apelación en *CE - Amianto* explicó que:

"Las "características del producto" pueden, en nuestra opinión, prescribirse o imponerse con respecto a los productos, ya sea en un sentido positivo o negativo. Es decir, el documento puede estipular, afirmativamente, que los productos *han de tener* ciertas "características", o el documento puede exigir, negativamente, que los productos *no han de tener* ciertas "características"."

Por ejemplo, en el caso *CE - Amianto* la medida en cuestión fue formulada negativamente: "los productos que contienen amianto están prohibidos"⁴². Otro ejemplo lo encontramos en el caso *CE - Sardinias*, en el que la medida europea requería exclusivamente el uso de la especie *Sardina pilchardus*, y por lo tanto no permitía el uso de otras especies de sardinias, para que en el mercado europeo esos productos pudieran ser etiquetados como conservas de sardinias.⁴³

³⁹ *Ibid*, párrafo 67.

⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 210.

⁴¹ *Ibid*, párrafo 191. Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67.

⁴² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Asbestos*, párrafo 72.

⁴³ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.45, citado en el párrafo 179 del Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*.

En *CE - Amianto* el Órgano de Apelación constató, basándose en el texto del punto 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*, que el etiquetado es una característica del producto.⁴⁴ En consecuencia, el Grupo Especial en el asunto *Estado Unidos - EPO* constató que, al imponer una prescripción en materia de etiquetado indicativo del país de origen, la medida sobre el EPO cumple el criterio que requiere el establecimiento de una o varias características del producto.⁴⁵

4. Tercero, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria

El Órgano de Apelación en el caso *CE - Amianto* señaló que un reglamento técnico debe regular las “características” de los productos de manera vinculante u obligatoria.⁴⁶

Como veremos más adelante, la obligatoriedad puede deducirse del texto del documento, o bien, inferirse de éste. Asimismo, veremos que pueden existir medidas que a pesar de que en principio son voluntarias, pueden ser clasificadas como obligatorias.

A. Obligatoriedad de iure y de facto

Un ejemplo de obligatoriedad *de iure* lo encontramos en *CE - Sardinias*, en el cual el Órgano de Apelación concluyó que la medida analizada en ese caso era obligatoria debido a que dicha medida establecida en los requisitos contenidos en ella eran:

“obligatorios en su totalidad y directamente aplicables en todos los estados miembro [de la Unión Europea].”⁴⁷

Por otro lado, en el caso *Estados Unidos - EPO* el Grupo Especial hizo un análisis sobre la obligatoriedad *de facto*. En ese caso, se analizó si un documento suscrito por el Secretario de Agricultura de los Estados Unidos, “la carta de Vilsack”, la cual formalmente no era un reglamento técnico, podría ser sin embargo catalogado como tal. El Grupo Especial observó que esta carta empleaba “términos no compulsivos y exhortatorios, así como el condicional; el término “*voluntary/voluntarily*” (“voluntario/as, voluntariamente”) aparece en ella al menos en cuatro ocasiones; y se indica que contiene “sugerencias de medidas voluntarias”. Tampoco está acompañada del típico mecanismo jurídico de observancia.”⁴⁸ Sin embargo, el Grupo Especial constató:

“Pero la cuestión de la naturaleza de la observancia de la carta de Vilsack no puede resolverse con un enfoque meramente formal. Coincidimos con los reclamantes en que la decisión al respecto no puede basarse únicamente en sus términos, ni en particular en la utilización del término “*voluntary*”. La adopción de una interpretación formalista de la expresión “cuya observancia es obligatoria” permitiría a los Miembros sustraerse a gran parte de las disposiciones del *Acuerdo OTC* calificando simplemente sus propias medidas de no obligatorias, o el cumplimiento de esas medidas de voluntario, lo que privaría al punto 1 del Anexo 1, y en último término a una gran

⁴⁴ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 187-193.

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.214

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 68.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 194.

⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.174.

parte del Acuerdo OTC, de su *effet utile*.”⁴⁹

Por consiguiente, el Órgano de Apelación se planteó si la carta de Vilsack es *de hecho* obligatoria. El Órgano de Apelación consideró que el hecho que la Carta fuera escrita y firmada por el Secretario de Agricultura de los Estados Unidos no demuestra que fuera obligatoria, ya que “[n]o todas las comunicaciones de funcionarios del Gobierno llevan aparejada una observancia obligatoria”.⁵⁰ Asimismo, el Órgano de Apelación constató que “las dos encuestas de que disponemos no demuestran la observancia efectiva por la rama de producción de la sugerencia del Secretario Vilsack.”⁵¹ En ese caso y por esas razones, el Grupo Especial estimó que no se demostró la observancia obligatoria de la carta de Vilsack.

B. *Obligatoriedad voluntaria*

Otra vena del concepto de obligatoriedad se analizó en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, en el que el Órgano de Apelación examinó las características de la etiqueta “*dolphin-safe*” y su relación con la venta de atún en los Estados Unidos. De acuerdo a la legislación y reglamentación estadounidense no es necesario que los productos derivados del atún lleven la etiqueta “*dolphin-safe*” para poder ser vendidos en el mercado de los Estados Unidos, por lo que en este sentido su cumplimiento era voluntario. Así las cosas, los Estados Unidos contendieron que la etiqueta “*dolphin-safe*” no es un reglamento técnico por no ser una etiqueta obligatoria.

El Órgano de Apelación señaló que el hecho de que se pueda vender atún sin necesidad de obtener la etiqueta “*dolphin-safe*” no impide constatar que una medida constituye un “reglamento técnico” en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1. El punto esencial en este diferendo comercial, enfatizó el Órgano de Apelación, es que cualquier productor, importador, exportador, distribuidor o vendedor de atún debe observar la medida en litigio [es decir, la etiqueta *dolphin-safe*] para poder hacer declaraciones relativas a la condición “*dolphin-safe*”.⁵² Además el Órgano de Apelación había concluido previamente que no existía posibilidad de un etiquetado alternativo, es decir, que están prohibidas las etiquetas que puedan inducir al error. Por lo tanto, no es posible usar etiquetas alternativas como “*dolphin friendly*” o “el delfín feliz”. Adicionalmente, el Órgano de Apelación añadió que la medida en litigio establece mecanismos de vigilancia activa para garantizar la observancia de las normas e impone sanciones en caso de etiquetado indebido”.⁵³ Por esta razón, el Órgano de Apelación concluyó:

“En consecuencia, la medida de los Estados Unidos abarca todo el ámbito de lo que se entiende por “*dolphin-safe*” en lo que concierne a los productos de atún. Por estas razones, *constatamos* que el Grupo Especial no incurrió en error al caracterizar la medida en litigio como un

⁴⁹ *Ibid*, párrafo 7.175.

⁵⁰ *Ibid*, párrafo 7.182.

⁵¹ *Ibid*, párrafo 7.188.

⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012, párrafo 196. *Vid*, párrafo 195.

⁵³ *Ibid*, párrafo 194.

"reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*.”⁵⁴

Como vemos, el Órgano de Apelación exploró los límites de la definición de un reglamento técnico, y el resultado ha sido bastante controversial. ¿Esto quiere decir que todas las etiquetas voluntarias podrían ser catalogadas como reglamentos técnicos? La respuesta es un rotundo no, ya que el análisis debe de hacerse caso por caso. Las particularidades del etiquetado “*dolphin-safe*” orillaron al Órgano de Apelación, en una votación dividida de dos votos contra uno, por cierto, a decidir que esta etiqueta efectivamente era un reglamento técnico de cara al *Acuerdo OTC*.

Joost Pauwelyn ha dado el ejemplo de otras etiquetas voluntarias que podrían prestarse para el análisis sobre este punto.⁵⁵ En Bélgica existe un sistema de etiquetado llamado la “etiqueta social” que expresa que un producto en todo su proceso de manufactura ha respetado los estándares laborales contenidos en ocho convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo esta etiqueta es optativa es decir, no es necesario tener este etiquetado para vender un producto. En este sentido, esta etiqueta es muy parecida a la etiqueta *dolphin-safe*.

Así las cosas, no sería extraño si en el futuro el Órgano de Apelación se aparta del vector interpretativo establecido en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, el análisis deberá hacerse caso por caso. Lo cierto es que después de lo resuelto por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* respecto a la obligatoriedad de la etiqueta “*dolphin-safe*”, creemos que el tema de las etiquetas voluntarias cobrará cada vez más relevancia en el derecho de la OMC.

C. ¿Es o no es? La necesidad de considerar a la totalidad de la medida

¿Qué sucede cuando una medida por un lado prohíbe el uso de algún insumo para la fabricación de algún producto, y por el otro lado la misma medida prevé algunas excepciones a su prohibición General?

En el caso *CE - Amianto* se exploró esta cuestión y, en ese caso, el Grupo Especial señaló que la parte del decreto relacionado con la prohibición en las importaciones de amianto y productos que contuviesen el amianto no constituía un reglamento técnico. Sin embargo, el Órgano de Apelación rechazó este argumento, y constató que los grupos especiales al analizar una medida, deben de considerarla en su totalidad, incluidos “los elementos prohibitivos y permisivos que son parte de la misma”.

Así las cosas, podemos deducir que una medida, una vez identificada, no puede ser y no ser un reglamento técnico al mismo tiempo. Simplemente, es o no es. Es decir, no existen reglamentos técnicos descafeinados.

⁵⁴ *Ibid*, párrafo 199.

⁵⁵ Guzman, Andrew T., Pauwelyn, Joost H.B. *International Trade Law*. Second Edition. 2012. (Chapter 19 online version).

V. Norma (Anexo 1.2)

Como hemos dicho anteriormente el anexo 1 del *Acuerdo OTC*, intitulado “Términos y su definición a los efectos del presente acuerdo” establece definiciones para varios conceptos que determinan el ámbito material de validez del mencionado acuerdo. Así las cosas, el anexo 1 en su numeral 2 define el concepto “norma” de la siguiente forma:

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.

Nota explicativa

Los términos definidos en la Guía 2 de la ISO/CEI abarcan los productos, procesos y servicios. El presente Acuerdo sólo trata de los reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad relacionados con los productos o los procesos y métodos de producción. Las normas definidas en la Guía 2 de la ISO/CEI pueden ser obligatorias o de aplicación voluntaria. A los efectos del presente Acuerdo, las normas se definen como documentos de aplicación voluntaria, y los reglamentos técnicos, como documentos obligatorios. Las normas elaboradas por la comunidad internacional de normalización se basan en el consenso. El presente Acuerdo abarca asimismo documentos que no están basados en un consenso.

De lo anterior queda claro que, para los efectos del *Acuerdo OTC*, una norma es de aplicación voluntaria. Asimismo, una norma sólo comprende a los productos o los procesos y métodos de producción. Específicamente se excluyen a los servicios del ámbito de aplicación de las normas.

Como vemos, la definición de norma al igual que la del reglamento técnico se refieren a un “documento”, por lo que las mismas constataciones que se han hecho respecto a este punto pueden repetirse *mutatis mutandi*, para una “norma”. Sin embargo hay otras cuestiones que no quedan tan claras después de la lectura de la definición de norma y su nota explicativa.

La definición también hace referencia a que dicho documento debe ser “aprobado por una institución reconocida”. La pregunta natural que podemos hacernos es ¿a qué institución nos referimos? ¿Aprobada por quién? ¿Y reconocida por quién? Estas cuestiones no han sido analizadas por ningún Grupo Especial ni el Órgano de Apelación, sin embargo sí fueron abordadas en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* al analizar el concepto “norma internacional”, por lo que inicialmente podríamos pensar que también pueden ser pertinentes en el análisis del concepto “norma”.⁵⁶ Sin embargo, existen varias diferencias entre estos dos conceptos. La primera de ellas es que el corpus del *Acuerdo OTC* no contiene una definición de norma internacional. La definición de “norma” está

⁵⁶ Haremos referencia con mayor detalle sobre este punto en la sección de esta monografía intitulada “norma internacional”.

autocontenida en el *Acuerdo OTC*, mientras que la definición de “norma internacional” está contenida en la Guía 2 de la ISO/CEI. Aunque jurídicamente la definición de “norma internacional” está incorporada al *Acuerdo OTC*, es decir, forma parte de este Acuerdo como si esta definición apareciera en el texto del Acuerdo, el Grupo Especial en *Estados Unidos - Atún II (México)* comenzó haciendo notar esta diferencia contextual.

Así las cosas, el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* hizo una distinción entre estas dos definiciones:

“Observamos que hay una diferencia entre el concepto de "norma" tal como se define en el párrafo 2 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Acuerdo relativas a las normas (como el artículo 4) y el empleo de ese término en la definición de la expresión "norma internacional" que recoge la Guía 2 de la ISO/CEI.”

“Reconocemos que, como señaló el Órgano de Apelación, los términos definidos en el Anexo 1 se aplican a los fines del *Acuerdo OTC* cuando sus definiciones *se apartan* de las que figuran en la Guía de la ISO/CEI.⁵⁷ No obstante, opinamos que el término "norma" utilizado en la definición de "norma internacional" que figura en la Guía 2 de la ISO/CEI debe interpretarse en su debido contexto, es decir, como se define en la propia Guía de la ISO/CEI, a fin de asignarle el significado previsto en esa definición. Esto está en conformidad con los términos del párrafo 1 del artículo 1 y con el Anexo 1 del *Acuerdo OTC*, que, como se ha señalado antes, dispone que "[c]uando se utilicen en el presente Acuerdo, los términos presentados en la sexta edición de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, tendrán el mismo significado que se les da en las definiciones recogidas en la mencionada Guía”.

VI. Procedimiento para la evaluación de la conformidad (Anexo 1.3)

De acuerdo al anexo 1.3 del el *Acuerdo OTC* este concepto se define, conjuntamente con su nota explicativa, de la siguiente forma:

Todo procedimiento utilizado, directa o indirectamente, para determinar que se cumplen las prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o normas.

Nota explicativa

Los procedimientos para la evaluación de la conformidad comprenden, entre otros, los de muestreo, prueba e inspección; evaluación, verificación y garantía de la conformidad; registro, acreditación y aprobación, separadamente o en distintas combinaciones.

Esta definición muestra que la función de los procedimientos para la evaluación de la conformidad es la de valorar y examinar el cumplimiento de lo dispuesto por reglamentos técnicos y normas.

A manera ilustrativa, hacemos eco de lo constatado en el caso *CE - Marcas de fábricas o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* “en el que el Grupo Especial

⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 224.

consideró una queja acerca de que la obligación de mantener las estructuras de inspección de productos era un "reglamento técnico" incompatible con el párrafo 1 del artículo 2. El Grupo Especial consideró que las definiciones de "procedimientos para la evaluación de la conformidad" y de "reglamentos técnicos" se excluyen mutuamente y rechazó la reclamación."

"Esta definición demuestra que los "procedimientos para la evaluación de la conformidad" evalúan la conformidad con "reglamentos técnicos" y "normas". Ello sugiere que no sólo son cosas distintas, sino que también son mutuamente excluyentes. Aunque una sola medida puede combinar tanto un reglamento técnico como un procedimiento para evaluar la conformidad con ese reglamento técnico, sería extraño que un procedimiento de evaluación de la conformidad pudiera a su vez estar incluido en la definición de un reglamento técnico.

El objeto y fin del *Acuerdo OTC* se ponen de manifiesto, en gran parte, por los dos grupos principales de disposiciones sustantivas que contiene: uno que atañe a los reglamentos técnicos y las normas, en los artículos 2 a 4, y otro que atañe a los procedimientos de evaluación de la conformidad, en los artículos 5 a 9. Esto es algo que también se refleja en el preámbulo, donde esta distinción se establece en el quinto párrafo, así como en los párrafos tercero y cuarto.⁵⁸ Si el Grupo Especial incorporara medidas sujetas a los artículos 5 a 9 en la definición de un reglamento técnico, sometiéndolas así también a las disposiciones relativas a los reglamentos técnicos de los artículos 2 a 4, se produciría un resultado que no sería razonable. Observamos, a este respecto, que en la nota explicativa se hace referencia a los "procedimientos de ... inspección" como ejemplo de procedimientos para la evaluación de la conformidad. Esto sugiere que un procedimiento de inspección no es un reglamento técnico."

VII. Trato nacional y Nación más favorecida (artículo 2.1)

En virtud del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.

⁵⁸ Su texto es el siguiente:

"Reconociendo la importancia de la contribución que las normas internacionales y los sistemas internacionales de evaluación de la conformidad pueden hacer a ese respecto al aumentar la eficacia de la producción y facilitar el comercio internacional;

Deseando, por consiguiente, alentar la elaboración de normas internacionales y de sistemas internacionales de evaluación de la conformidad;

Deseando, sin embargo, asegurar que los reglamentos técnicos y normas, incluidos los requisitos de envase y embalaje, marcado y etiquetado, y los procedimientos de evaluación de la conformidad con los reglamentos técnicos y las normas, no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional." [sin cursivas en el original]

1. Criterio jurídico establecido en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

El Órgano de Apelación ha constatado que el párrafo 1 del artículo 2 contiene una obligación de trato nacional y una obligación de trato de nación más favorecida ("NMF"):

“La obligación de trato NMF prohíbe la discriminación mediante reglamentos técnicos entre productos similares importados de distintos países, mientras que la obligación de trato nacional prohíbe la discriminación entre productos similares nacionales e importados. Para establecer que se ha violado la obligación de trato nacional impuesta en el párrafo 1 del artículo 2, el reclamante debe demostrar la existencia de tres elementos: i) que la medida en litigio es un "reglamento técnico" según se define ese término en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*; ii) que los productos importados y nacionales en cuestión son "productos similares"; y iii) que la medida en litigio otorga un trato menos favorable a los productos importados que a los productos nacionales similares.⁵⁹

Por lo tanto, para establecer una incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe demostrarse que concurren tres elementos: i) que la medida en litigio sea un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1; ii) que los productos importados sean similares a los productos nacionales y a los productos de otros orígenes; y iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares y a productos similares de otros países.⁶⁰

2. Primer requisito: que la medida en litigio sea un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1

Ya hemos abordado la cuestión sobre qué es un reglamento técnico, *supra*. Sólo cabe añadir que en el caso *Estados Unidos - Aún II (México)*, el Órgano de Apelación constató que los reglamentos técnicos deben respetar el principio de trato nacional que implica que no se pueden modificar las “condiciones de competencia”, lo cual no hizo la etiqueta “*dolphin-safe*”.

3. Segundo requisito: los productos importados sean similares a los productos nacionales y a los productos de otros orígenes

En el año 2011 fue la primera vez que se abordó el tema de productos similares y trato no menos favorable contenidos en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Ahora retomaremos lo que han dicho grupos especiales y el Órgano de Apelación respecto de los productos similares.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 87. Los elementos exigidos para demostrar una violación de la obligación NMF están identificados en el párrafo 202 del informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Aún II (México)*.

⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 87. Ver también el Informe del Grupo Especial, *CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.219

A. Artículo III del GATT: ¿Contexto pertinente para el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC?

En el año 2011, la trilogía de informes de los grupos especiales respectivos a los asuntos *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - EPO*, analizaron por primera vez esta cuestión. El análisis realizado por estos tres grupos especiales prácticamente se realizó al mismo tiempo, por lo que no tuvieron oportunidad de consultar los informes de los otros dos grupos especiales respectivos. Es por esta razón que estos tres informes, si bien coinciden en muchos aspectos, también es cierto que son contradictorios en muchos otros.

En virtud de lo anterior, y con el objetivo de poder contrastar estas diferencias y similitudes, en el tránsito de esta monografía procederemos a revisar lo dicho por cada uno de estos grupos especiales, así como por lo constatado por el Órgano de Apelación, respecto del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*.

a. Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - EPO*

En el caso *Estados Unidos - EPO* el Grupo Especial comenzó su análisis respectivo determinando si el párrafo 4 del artículo III del GATT podía servir como contexto para el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El Grupo Especial argumentó:

“Como se indica más arriba, la "similitud" y el "trato no menos favorable" son dos de los tres elementos del criterio jurídico establecido en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El sentido específico de estos elementos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no ha sido examinado en diferencias anteriores. Tampoco ha sido nunca objeto de una resolución de un Grupo Especial del GATT la disposición similar del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Ronda de Tokio. [sic]”⁶¹ [énfasis añadido]

El Grupo Especial analizó las similitudes en los términos utilizados en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT. Observó que ambos imponen una "obligación de trato nacional" y utilizan términos similares”. De hecho, “los términos "productos similares" y "trato no menos favorable", constituyen también elementos fundamentales del criterio jurídico que se establece en ambas disposiciones.”

Esta “polinización cruzada”⁶² entre disposiciones similares contenidas en diferentes Acuerdos OMC ya se ha dado anteriormente, y esto lo ejemplificó el Grupo Especial con el caso *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, en el que “el Órgano de Apelación constató que, dado el papel fundamental que desempeña el principio del trato nacional en el Acuerdo sobre los ADPIC y la similitud en la formulación de las disposiciones pertinentes, "[el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994] puede ser útil para interpretar la obligación del trato nacional en el Acuerdo sobre los ADPIC".”⁶³

⁶¹ *Ibid*, párrafo 7.228.

⁶² Para una exploración más profunda sobre la cuestión, vease “La “polinización cruzada” en la interpretación de los acuerdos de la OMC en los casos de comercio y medio ambiente”, *Bradly J. Condon*, *Revista de Derecho Económico Internacional*, ITAM, Volumen 2, Número 1, 2012. El artículo está disponible en la siguiente liga: http://dei.itam.mx/archivos/articulo3/segundo_articulo_marzo.pdf

⁶³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, , párrafo 7.230.

El Grupo Especial examinó el preámbulo del *Acuerdo OTC* y constató que éste establece la finalidad “de “promover la realización de los objetivos del GATT de 1994”. Además, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 “no establecen obligaciones conflictivas, es decir, que se excluyan mutuamente” en el sentido de la Nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC.”⁶⁴

A la luz de las similitudes y relaciones señaladas entre las dos disposiciones y teniendo en cuenta los informes del Órgano de Apelación y Grupos Especiales citados en el trámite de este asunto, el Grupo Especial concluyó que el párrafo 4 del artículo III constituye un contexto pertinente para interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, en particular para interpretar la expresión “trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional”.

b. Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Atún*

Como hemos dicho, mientras el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - EPO* ha llegado a esta conclusión, paralela pero separadamente los grupos especiales en *Estados Unidos - Atún II (México)* y en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, respectivamente examinaban la cuestión sobre los productos similares del párrafo 1 del artículo 2 en el *Acuerdo OTC*.

En el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* el Grupo Especial señaló que el término “productos similares” no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del *Acuerdo OTC*, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 “es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos”, era pertinente para interpretar el artículo 2.1.⁶⁵ Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT: (1) las propiedades físicas; (2) los usos finales; (3) los hábitos y preferencias de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria.⁶⁶ Los productos que se había de comparar eran los productos de atún estadounidenses y los productos de atún mexicanos, así como los productos de atún originarios de cualquier otro país.⁶⁷ El Grupo Especial concluyó que: (1) las propiedades físicas son idénticas;⁶⁸ (2) tienen los mismos usos finales;⁶⁹ (3) los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de

⁶⁴ *Ibid*, párrafo 7.233.

⁶⁵ *Ibid*, párrafos 7.223-7.224.

⁶⁶ *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.

⁶⁷ *Ibid*, párrafo 7.233.

⁶⁸ *Ibid*, párrafo 7.243.

⁶⁹ *Ibid*, párrafo 7.244.

cualquier otro país son inocuos;⁷⁰ y (4) la clasificación arancelaria es idéntica.⁷¹ Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares.

b1. Los PMPs y su relación con las preferencias de los consumidores

El papel de las preferencias de los consumidores en la determinación de la similitud es uno de los aspectos más interesantes de este caso. Sobre esta cuestión, vale la pena citar textualmente al Grupo Especial:

“La información presentada al Grupo Especial efectivamente indica que los consumidores de los Estados Unidos tienen determinadas preferencias con respecto a los productos de atún, basadas en que sean o no inocuos para los delfines, y no excluimos que esas preferencias puedan ser pertinentes para la evaluación de la similitud. En la medida en que las preferencias del consumidor, incluidas las preferencias sobre la forma en que se ha obtenido el producto, pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos, consideramos que *a priori* es pertinente tenerlas en cuenta en la evaluación de la similitud. Sin embargo, no estamos convencidos de que, en las circunstancias de este asunto, la consideración de las preferencias de los consumidores de los Estados Unidos relativas a la inocuidad de los productos de atún con respecto a los delfines nos deba llevar a modificar nuestra conclusión con respecto a la similitud de los productos de atún estadounidenses y mexicanos y los productos de atún originarios de cualquier otro país.⁷²”

En este caso, había evidencia sobre las preferencias del consumidor relativas a los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal. Mientras este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre la similitud de los productos, el Grupo Especial reconoció que los PMP pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos. Como se mencionó arriba, el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos. Fue por esta razón, y no el impacto de las preferencias en la relación de competencia, que este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre similitud. En otras palabras, este Grupo Especial parece incorporar...

En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación consideró que, en los casos en que los productos son físicamente diferentes, es aún más importante aducir pruebas bajo los demás criterios de que existe una relación de competencia para demostrar que los productos son similares.⁷³ En los casos en que los productos son físicamente idénticos, debe ser posible aducir pruebas bajo los demás criterios de que no existe una relación de competencia para demostrar que los productos no son similares.

En *Estados Unidos - Atún II (México)*, las preferencias del consumidor determinaron la relación de competencia entre dos productos—atún inocuo para delfines y atún no inocuo para delfines—no sus características físicas ni su uso final. Por lo tanto, el Grupo Especial

⁷⁰ *Ibid*, párrafo 7.250.

⁷¹ *Ibid*, párrafo 7.245.

⁷² *Ibid*, párrafo 7.249.

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 118.

estimó que estos dos productos no deberían considerarse como productos similares. Agregó que la falta de evidencia sobre la inocuidad del atún proveniente de distintos Miembros es una cuestión distinta, aunque determinante en este caso.

c. Informe del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*

Las constataciones de los grupos especiales en *Estados Unidos - EPO* y *Estados Unidos - Atún II (México)*, contrastan con las del Grupo Especial que resolvió el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*. En este caso, el Órgano de Apelación tuvo oportunidad de revisar buena parte de las constataciones del Grupo Especial. Coincidió con éste en varios aspectos aunque también revocó varias de sus constataciones. Por esta razón haremos referencia brevemente al informe del Grupo Especial y posteriormente al informe del Órgano de Apelación.

c1. Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor

En *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* el Grupo Especial opinó que las interpretaciones desarrolladas en el contexto del artículo III:4 del GATT de 1994 no pueden simplemente transponerse al artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*. El artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* está inspirado en el artículo III:4 del GATT de 1994. Ambos imponen la obligación de otorgar a los productos importados "un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional". No obstante, mientras que el artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* sólo es aplicable a los reglamentos técnicos, el artículo III:4 del GATT de 1994 es aplicable a un grupo de medidas más amplio, que comprendería los reglamentos técnicos.⁷⁴ Además, el planteamiento sobre la similitud basado en la competencia, con arreglo al artículo III:4 del GATT de 1994 fue desarrollado por el Órgano de Apelación en *CE - Amianto* sobre la base del principio general establecido en el artículo III:1 del GATT de 1994, que no tiene un equivalente en el *Acuerdo OTC*.⁷⁵ Por consiguiente, el contexto permite distintas interpretaciones de la expresión "productos similares" en el artículo III:4 del GATT de 1994 y el artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*.⁷⁶

Según el Grupo Especial, el hecho de que el reglamento técnico reglamente las características de un producto (aromas característicos) para determinados tipos de productos (cigarrillos) debería tener importancia para determinar si los productos en cuestión son similares. Para estar regulado un cigarrillo debe tener un aditivo que produce un sabor, gusto o aroma distintivos. Los aditivos que contengan los cigarrillos deben afectar a la determinación de la similitud más que los criterios relacionados con la competencia u otros criterios, por ser la característica exacta que determina si un cigarrillo está o no comprendido en el ámbito de aplicación del reglamento técnico en cuestión.⁷⁷ El Grupo Especial notó que el sexto considerando del *Acuerdo OTC* reconoce "que no debe

⁷⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/R, adoptado el 24 de abril de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS406/AB/R, párrafos 7.95-7.96.

⁷⁵ *Ibid*, párrafo 7.99.

⁷⁶ *Ibid*, párrafo 7.105.

⁷⁷ *Ibid*, párrafos 7.109-7.110.

impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias ... para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados [...]". A juicio del Grupo Especial, el sexto considerando del preámbulo, combinado con el requisito de necesidad establecido en el artículo 2.2 del *Acuerdo OTC*, justifica una interpretación de la similitud en el marco del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* distinta de la desarrollada en el marco del artículo III:4 del GATT de 1994, habida cuenta de la naturaleza de las medidas contempladas en el *Acuerdo OTC*.⁷⁸ Por lo tanto, debe tenerse en cuenta la importancia del objetivo de salud pública del reglamento técnico, y la manera en que determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de esos productos, deben evaluarse a la luz de ese objetivo. En este caso, el objetivo legítimo de salud pública de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes debe informar el análisis de la similitud.⁷⁹ Por todas estas razones, el Grupo Especial consideró que la interpretación del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*, en las circunstancias de este caso, no debía abordarse principalmente desde la perspectiva de la competencia, sino a la luz del objetivo de salud pública.⁸⁰

Este razonamiento del Grupo Especial sería aplicable a una medida ambiental, porque el preámbulo habla también, en su sexto considerando, de la protección ambiental. Si se sigue el mismo tipo de análisis en un caso de comercio y medio ambiente, la interpretación del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* podría abordarse principalmente desde la perspectiva de la protección ambiental y no a la luz de la relación de competencia entre los productos pertinentes. Entonces, esta interpretación del Grupo Especial podría tener implicaciones importantes en los casos de reglamentos técnicos con fines ambientales. Sin embargo, como veremos un par de párrafos abajo, esta interpretación del Grupo Especial fue modificada por el informe del Órgano de Apelación.

En este caso, el Grupo Especial se consideró limitado por el resumen del fundamento jurídico de la alegación de Indonesia en materia de trato nacional, en el que los productos de que se trata se identifican como los cigarrillos de clavo de olor importados contra los cigarrillos mentolados nacionales. Por lo tanto, decidió examinar los cuatro criterios del análisis tradicional de la similitud para determinar si estos productos son similares en términos del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*: (1) las propiedades físicas; (2) los usos finales; (3) los hábitos y preferencias de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria.⁸¹

Bajo el primer criterio, el Grupo Especial constató que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son físicamente similares y que ambos incluyen un aditivo que les confiere un aroma característico. Bajo el segundo criterio, constató que los dos tipos de cigarrillo tienen el mismo uso final de fumar. Bajo el tercer criterio, constató que los consumidores a los que afecta este caso, es decir, los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, perciben que los cigarrillos aromatizados son similares para la finalidad

⁷⁸ *Ibid*, párrafos 7.113-7.114.

⁷⁹ *Ibid*, párrafo 7.116.

⁸⁰ *Ibid*, párrafo 7.119.

⁸¹ *Ibid*, párrafos 7.147-7.148.

de empezar a fumar. Por último, constató que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados tienen la misma clasificación arancelaria en el Sistema Armonizado (2402.20). Según el Grupo Especial, al ponderar esos criterios, tuvo muy en cuenta la pertinencia de las características que son significativas por lo que respecta al objetivo de salud pública de la medida, es decir, reducir el tabaquismo entre los jóvenes.⁸² A su juicio, puede considerarse que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son "similares" en algunos contextos, pero no en otros, dependiendo del objetivo de la medida en litigio. La medida en este caso regula los cigarrillos sobre la base de una característica que es común a los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados: "contener, como elemento constitutivo ... o aditivo un aroma artificial o natural ... o una hierba o especia ... que es un aroma característico". En el contexto de esta medida, sería difícil considerarse que los productos no son "similares".⁸³

c2. Informe del Órgano de Apelación Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor

i) La relación entre productos similares y "trato no menos favorable" en el análisis del artículo 2.1

En el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que la interpretación de la expresión "productos similares" del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* debe partir del texto de esa disposición teniendo en cuenta el contexto proporcionado por el propio artículo 2.1, por las demás disposiciones del *Acuerdo OTC* y por el *Acuerdo OTC* en su conjunto. Coincidió también en que el hecho de que el artículo 2.1 sea aplicable a los reglamentos técnicos forma parte del contexto pertinente y que el preámbulo del *Acuerdo OTC* reconoce el derecho de los Miembros a reglamentar mediante reglamentos técnicos. Sin embargo, no estuvo convencido de que de esos elementos del contexto y del objeto y fin del *Acuerdo OTC* se desprenda que no es posible abordar la interpretación del concepto de "productos similares" del artículo 2.1 desde una perspectiva orientada a la competencia.⁸⁴

Según el Órgano de Apelación, el concepto de "trato no menos favorable" informa la determinación de la similitud, lo que sugiere que la similitud concierne a la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos. El concepto de "trato no menos favorable" relaciona a los productos con el mercado, porque sólo en el mercado puede determinarse cuál es el trato que da la medida a los productos importados y nacionales similares. No obstante, al determinar la similitud sobre la base de la relación de competencia entre dos o más productos, los grupos especiales deben prescindir de los eventuales efectos de distorsión que la propia medida en litigio pueda tener sobre la relación de competencia y dejar el examen de esos efectos al análisis del trato menos favorable. En tales casos, el Grupo Especial debe determinar la naturaleza y medida de la relación de competencia a efectos de la determinación de la similitud con independencia de la medida en litigio. Por lo tanto, no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el

⁸² *Ibid*, párrafos 7.240-7.244.

⁸³ *Ibid*, párrafos 7.246-7.247.

⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 108.

texto y el contexto del *Acuerdo OTC* respalden una interpretación del concepto de "similitud" del artículo 2.1 que atienda a los objetivos legítimos y las finalidades del reglamento técnico y no a la relación de competencia entre dos o más productos. Observó además que los objetivos no siempre pueden discernirse fácilmente del texto ni incluso del diseño, arquitectura y estructura de la medida. La determinación de la similitud sobre la base de los objetivos normativos de la medida, y no de la relación de competencia entre los productos, exigiría la identificación de todos los objetivos pertinentes de una medida y la evaluación de cuáles de esos objetivos son pertinentes o deben prevalecer al determinar si los productos son similares. Esto no siempre resultaría posible.⁸⁵

Además, consideró que el concepto de "productos similares" del artículo 2.1 no se presta a distinciones entre productos basadas en los objetivos normativos de una medida. El concepto de "productos similares" sirve para definir los productos que deben compararse para establecer si se otorga un trato menos favorable a los productos importados. Es más fácil constatar que existen distinciones de trato entre productos que se ha constatado que son similares al examinar, posteriormente, si se ha otorgado un trato menos favorable que al determinar la similitud, porque esa última forma de proceder alteraría el alcance y el resultado de la comparación a los efectos del trato menos favorable. Así las cosas, queda claro que el Órgano de Apelación estableció que el orden de análisis en alegaciones de trato discriminatorio relacionados con el artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* es, primero, hacer el análisis de similitud y, después, abordar el examen de trato menos favorable. Sin embargo, el Órgano de Apelación resaltó que las preocupaciones y consideraciones normativas pueden cumplir una función en la aplicación de algunos de los criterios de "similitud" (características físicas y preferencias de los consumidores) y por ende en la determinación de la similitud.⁸⁶ En el grado en que sean pertinentes al examen de ciertos criterios de "similitud" y se reflejen en la relación de competencia de los productos, las preocupaciones normativas a las que responden los reglamentos técnicos pueden desempeñar un papel en la determinación de la similitud.⁸⁷

El Órgano de Apelación recordó que, en *CE - Amianto*, constató que, al examinar si los productos son similares, los grupos especiales deben evaluar todas las pruebas pertinentes, incluidas las relativas a los riesgos que entraña un producto para la salud y que eran la causa de la preocupación a que respondía la medida impugnada en esa diferencia. Declaró que los riesgos que entraña un producto para la salud son pertinentes a la determinación de la relación de competencia entre productos y analizó los riesgos para la salud como parte de las características físicas de los productos y de los gustos y hábitos de los consumidores.

ii) Las características físicas de los productos y de los gustos y hábitos de los consumidores

En lo que respecta a las características físicas, el Órgano de Apelación consideró que los grupos especiales deben examinar plenamente las propiedades físicas de los productos y en particular aquellas propiedades físicas que probablemente influyan en la relación de

⁸⁵ *Ibid.*, párrafos 111-113.

⁸⁶ *Ibid.*, párrafos 116-117.

⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 120.

competencia entre ellos en el mercado. Entre esas propiedades están las propiedades físicas que hacen que un producto sea tóxico o peligroso por otras razones para la salud. En lo que respecta a los gustos y hábitos de los consumidores, el Órgano de Apelación constató que los riesgos para la salud asociados con un producto podían influir en la preferencia de los consumidores. De manera análoga consideró que las preocupaciones normativas a que responde una medida, al igual que los riesgos para la salud asociados a un determinado producto, pueden ser pertinentes a un análisis de los criterios de "similitud" en el marco del artículo III:4 del GATT de 1994, así como del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*, en tanto tengan repercusiones en la relación de competencia entre los dos o más productos en cuestión.⁸⁸

iii) Usos finales

Al examinar los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos mentolados, el Grupo Especial constató que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados tienen el mismo uso final, es decir, "ser fumados", y discrepó de los Estados Unidos en que los usos finales de un cigarrillo incluyen "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". El Grupo Especial consideró que los usos finales presentados por los Estados Unidos se refieren a las razones por las que la gente fuma, pero ello no significa que los cigarrillos tengan varios usos finales. El Grupo Especial consideró que las observaciones de los Estados Unidos relativas a la atracción de los aromas para algunos fumadores guardan más relación con los gustos y hábitos de los consumidores que con los usos finales.⁸⁹

El Órgano de Apelación observó que los usos finales describen las posibles funciones de un producto, mientras que los gustos y hábitos de los consumidores reflejan la apreciación que tienen los consumidores de esas funciones. Sin embargo, el hecho de que un producto no se utilice principalmente para cumplir una función determinada no excluye que pueda cumplir esa función. Aunque cada criterio se refiere a un aspecto diferente de los productos de que se trata, que debe ser examinado por separado, los diferentes criterios están relacionados entre sí y no se excluyen mutuamente, de modo que algunas pruebas bien pudieran incluirse en más de un criterio. Por consiguiente, a su juicio, el hecho de que los consumidores fumen para satisfacer una adicción o fumen por placer es pertinente para el examen tanto de los usos finales como de los gustos y hábitos del consumidor, aunque en el análisis de esos dos criterios de "similitud" distintos se aborden aspectos diferentes. No consideró que sea correcto caracterizar el hecho de "satisfacer una adicción a la nicotina" y el de "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo" como gustos y hábitos del consumidor, y no como usos finales. En la medida en que describen posibles funciones de los productos, y no la apreciación que tienen los consumidores de esas funciones, representan efectivamente diferentes usos finales de los productos en cuestión, y no gustos y hábitos de los consumidores. Los gustos y hábitos de los consumidores deben indicar en qué medida los consumidores están dispuestos a sustituir los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados para satisfacer una adicción a la

⁸⁸ *Ibid*, párrafos 118-119.

⁸⁹ *Ibid*, párrafo 122.

nicotina y/o crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo.⁹⁰

El Órgano de Apelación continuó revisando la constatación del Grupo Especial sobre el uso final de los cigarrillos de clavo, por un lado, y los mentolados, por otro lado. Agregó que no se ponía en duda que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados son "para ser fumados". Sin embargo, "ser fumados" no describe exhaustivamente las funciones de los cigarrillos. En consecuencia, constatar que el uso final de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos mentolados es "ser fumados" no ofrece orientación suficiente en cuanto a si esos productos son productos similares en el sentido del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*. También los puros (habanos), el tabaco suelto y las hierbas comparten el mismo uso final de ser "fumados", aunque esto no dice mucho sobre si todos esos productos son similares. Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial no había realizado un análisis de los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y mentolados lo bastante completo y específico como para proporcionar indicaciones significativas sobre la similitud de esos productos. Estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que hay combinaciones y funciones más específicas de "fumar" que son pertinentes para los usos finales de los cigarrillos, como "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". El Grupo Especial debería haber considerado esas combinaciones y funciones en su evaluación de si los productos en cuestión son similares. Sin embargo, el Órgano de Apelación estimó que los Estados Unidos no demostraron que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados no pudieran ambos cumplir las funciones de "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". El hecho de que los "adictos" que fuman cigarrillos mentolados sean más numerosos que los que fuman cigarrillos de clavo de olor no significa que estos últimos no puedan ser fumados para "satisfacer una adicción a la nicotina". Lo que importa al determinar el uso final de un producto es que el producto pueda cumplir ese uso final, no que éste represente el uso final principal o más común del producto. Por tanto, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados comparten los usos finales de "satisfacer una adicción a la nicotina" y "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo". En consecuencia, consideró que los usos finales más específicos de los productos presentados por los Estados Unidos también sustentan la constatación general del Grupo Especial de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares.⁹¹

iv) Gustos y hábitos de los consumidores

El Grupo Especial afirmó que el objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, es decir, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, delimitaba el alcance de los consumidores cuyos gustos y hábitos se debían examinar conforme a este criterio. En consecuencia, el Grupo Especial consideró procedente examinar la sustituibilidad de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados desde la perspectiva del grupo de consumidores pertinente, el cual comprendía los fumadores jóvenes y quienes estaban listos

⁹⁰ *Ibid*, párrafos 125-127.

⁹¹ *Ibid*, párrafos 130-132.

para convertirse en fumadores. El Grupo Especial constató que las pruebas presentadas por las partes demostraban que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados, debido a sus aromas característicos, que ayudan a enmascarar la aspereza del tabaco, atraen a los jóvenes y son mejores vehículos que los cigarrillos ordinarios para que los jóvenes empiecen a fumar. Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que, desde la perspectiva de los consumidores de que se trata en este caso, los cigarrillos aromatizados con mentol y los aromatizados con clavo de olor son similares por lo que respecta a la finalidad de empezar a fumar.⁹²

El Órgano de Apelación recordó que una determinación de la similitud es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos, y que las preocupaciones normativas subyacentes a una medida pueden considerarse en tanto en cuanto repercutan en la relación de competencia. Teniendo esto en cuenta, consideró que el Grupo Especial actuó erróneamente al circunscribir su análisis de los gustos y hábitos de los consumidores a aquellos consumidores (fumadores jóvenes y posibles fumadores jóvenes) que son la preocupación que aborda el objetivo del reglamento (reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes). En un análisis de la similitud basado en la relación de competencia de los productos, es el mercado el que define el alcance de los consumidores cuyas preferencias son pertinentes. La proporción de jóvenes y adultos que fuman diferentes tipos de cigarrillos puede variar, pero los cigarrillos de clavo de olor, los mentolados y los ordinarios son consumidos tanto por fumadores jóvenes como por fumadores adultos. Para evaluar el grado de sustituibilidad entre estos productos, el Grupo Especial debería haber evaluado los gustos y hábitos de todos los consumidores pertinentes de los productos en cuestión, no solo los de los principales consumidores de cigarrillos de clavo de olor y mentolados, en especial cuando es evidente que una proporción importante de los fumadores de cigarrillos mentolados son consumidores adultos. Además, el enfoque del Grupo Especial descartó el hecho de que el reglamento técnico en litigio pueda tener también otros objetivos que afectan a otros consumidores ya existentes y posibles de los productos en cuestión. Por consiguiente, no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A) delimite el ámbito de los consumidores cuyos gustos y hábitos se deben examinar a los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes.⁹³

El Órgano de Apelación consideró que a fin de determinar si los productos son similares en el marco del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*, no es necesario demostrar que los productos son sustituibles para todos los consumidores o que compiten realmente en todo el mercado. Por el contrario, si los productos son muy sustituibles entre sí para unos consumidores pero para otros no, esto también puede respaldar una constatación de que los productos son similares, lo cual es consistente con su interpretación de la segunda frase del artículo III:2 del GATT de 1994 en *Filipinas - Aguardientes*. A su juicio, la idea de que no es necesario que haya una competencia real en todo el mercado, sino que esta puede limitarse a un segmento del mercado, es distinta de la cuestión del grado de competencia que se necesita para cumplir la norma de "productos similares". El examen que hizo el Grupo Especial de los gustos y hábitos de los consumidores fue demasiado limitado. Al

⁹² *Ibid*, párrafo 133.

⁹³ *Ibid*, párrafos 136-138.

mismo tiempo, el mero hecho de que los cigarrillos de clavo de olor sean fumados en forma desproporcionada por los jóvenes mientras que el consumo de cigarrillos mentolados esté más repartido entre los fumadores jóvenes y los adultos no afecta necesariamente al grado de sustituibilidad entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados. Los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes perciben los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados como suficientemente sustituibles. Esto basta para respaldar la constatación del Grupo Especial de que esos productos son similares en el sentido del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*, aun cuando el grado de sustituibilidad no sea el mismo para todos los fumadores adultos. Ello se debe a que el grado de competencia y sustituibilidad que constató el Grupo Especial en el caso de los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes es suficientemente elevado para respaldar una constatación de similitud en el marco del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*.⁹⁴

Teniendo en cuenta lo que antecede, si bien discrepó de algunos aspectos del análisis realizado por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que los criterios de "similitud" que examinó apoyan su conclusión general de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*.

v) Comparación de Productos similares, pero ¿cuáles productos? ¿quién los identifica?

Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, el Órgano de Apelación observó que, a los efectos del análisis del trato menos favorable, el trato dado a los productos importados del Miembro reclamante ha de compararse con el otorgado a los productos nacionales similares y a los productos similares de cualquier otro origen. Un Grupo Especial debe tratar de establecer, basándose en la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos en el mercado del Miembro regulador, qué productos de origen nacional (y de otro origen) son similares a los productos importados del Miembro reclamante. Al determinar cuáles son los productos similares en litigio, no tiene que limitar su análisis a los productos identificados por el Miembro reclamante en su solicitud de establecimiento de un Grupo Especial. Más bien, el artículo 2.1 exige al Grupo Especial que identifique cuáles son los productos nacionales que guardan con los productos importados del Miembro reclamante una relación de competencia suficientemente estrecha para ser considerados productos similares. Una vez que se ha identificado el universo de productos similares importados y nacionales, se debe comparar el trato dado a todos los productos similares importados del Miembro reclamante con el otorgado a todos los productos nacionales similares.⁹⁵

Con respecto al grupo de productos importados, los Estados Unidos alegaron que el Grupo Especial incurrió en error al no incluir en su análisis el trato otorgado a los cigarrillos mentolados importados de todos los Miembros en los Estados Unidos. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo. La inmensa mayoría de los cigarrillos que se importaban de Indonesia en los Estados Unidos eran cigarrillos de clavo de olor. El Grupo

⁹⁴ *Ibid*, párrafos 142-145.

⁹⁵ *Ibid*, párrafos 190-194.

Especial consideró que estaba obligado por su mandato a limitar su análisis de la similitud a dos categorías de productos regulados por el artículo 907(a)(1)(A)—los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos mentolados nacionales—y, por lo tanto, limitó su análisis del trato menos favorable a una comparación del trato otorgado a esos dos grupos de productos. Los Estados Unidos no impugnaron en apelación el hecho de que el Grupo Especial excluyera los cigarrillos aromatizados de producción nacional de la etapa relativa a la similitud de su análisis. En cambio, la impugnación de los Estados Unidos se centró exclusivamente en el hecho de que el Grupo Especial excluyera los cigarrillos aromatizados de producción nacional de la etapa relativa al trato menos favorable de su análisis. Puesto que el artículo 2.1 limita expresamente el alcance de la comparación en cuanto al trato menos favorable a los productos similares importados y nacionales, el Órgano de Apelación no pudo determinar si el Grupo Especial incurrió en error al no incluir los cigarrillos aromatizados de producción nacional en su comparación relativa al trato menos favorable.⁹⁶

4. Tercer requisito: que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares y a productos similares de otros países.

Nuestro análisis del tercer requisito lo dividiremos en dos partes: en primer lugar, examinaremos la cuestión del “trato menos favorable” en el marco del párrafo 1 artículo 2 del *Acuerdo OTC*; en segundo lugar, estudiaremos la cuestión del efecto perjudicial causado un por una medida o reglamento técnico determinado.

Como hemos dicho anteriormente la cuestión del trato no menos favorable se abordó por primera vez en el año de 2011 por tres grupos especiales, y en el año 2012 por el Órgano de Apelación, también en tres informes. Cronológicamente el Órgano de Apelación estudió primero el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, posteriormente el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, y finalmente el caso *Estados Unidos - EPO*.⁹⁷

Debido a que el informe del Órgano de Apelación en el caso de *Estados Unidos - EPO* fue el último análisis de los seis informes mencionados, al momento de hacer nuestra revisión de la cuestión del “trato menos favorable” en el marco del párrafo 1 artículo 2 del *Acuerdo OTC*, haremos mención con especial atención a sus constataciones. Esto debido a que, a nuestro parecer, este informe del Órgano de Apelación recoge, sintetiza y pule los criterios jurídicos contenidos en los informes anteriores sobre este tema.

Finalmente, cuando realicemos nuestra revisión del tema del efecto perjudicial nos detendremos en lo dicho por el Órgano de Apelación respectivamente en los casos *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, así como en *Estados Unidos - Atún II (México)*, ya que en estos dos casos se analizó este otro tema.

⁹⁶ *Ibid*, párrafos 196-199.

⁹⁷ Recordamos que la fecha de distribución de los informes de los Grupos Especiales respectivos para la trilogía de asuntos es la siguiente: *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* (02/sept/2011), *Estados Unidos - Atún II (México)* (15/sept/2011), y finalmente el caso *Estados Unidos - EPO* (18/nov/2011). La fecha de distribución de los informes respectivos del Órgano de Apelación es la siguiente: *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* (04/abr/2012), *Estados Unidos - Atún II (México)* (16/mayo/2012), y finalmente el caso *Estados Unidos - EPO* (29/jun/2012).

A. El “trato menos favorable” en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

Así las cosas, comenzamos haciendo notar que en el asunto *Estados Unidos - EPO*, el Órgano de Apelación señaló que los reglamentos técnicos necesariamente hacen distinciones entre diferentes productos, sin embargo estas distinciones no implican necesariamente la existencia de “trato menos favorable”. De esta forma, sin señalarlo expresamente, el Órgano de Apelación coincidió con lo dicho por el Grupo Especial en *Estados Unidos - EPO*,⁹⁸ y dijo que:

“En sí mismos, los reglamentos técnicos son medidas que, por su propia naturaleza, establecen distinciones entre productos en función de sus características o de los procesos y métodos de producción con ellas relacionados. El párrafo 1 del artículo 2 no debe interpretarse en el sentido de que cualesquiera distinciones, en particular las que se basan exclusivamente en las características concretas de un producto o en los procesos y métodos de producción concretos con ellas relacionados, constituirían *per se* un “trato menos favorable” en el sentido de dicha disposición.”⁹⁹ [Al decir esto, citó al Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*]

El Órgano de Apelación continuó razonando que el sexto considerando del preámbulo reconoce que un Miembro de la OMC puede adoptar las medidas necesarias, entre otras cosas, para la protección de la salud y la vida de los animales o la preservación de los vegetales, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que “no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado” o una “restricción encubierta del comercio internacional” y de que “en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo”. Aunque el sexto considerando no establece expresamente una obligación sustantiva, el Órgano de Apelación dijo estimar que éste arroja luz sobre el sentido y el alcance del requisito de “trato no menos favorable” del párrafo 1 del artículo 2, al dejar claro, en particular, que los reglamentos técnicos pueden perseguir objetivos legítimos, pero no deben aplicarse en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado.¹⁰⁰ Al decir esto, citó nuevamente al Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*.

Además el Órgano de Apelación también constató que:

“Por lo que respecta al contexto que ofrecen otros acuerdos abarcados, observamos además que la expresión “trato menos favorable” figura en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.¹⁰¹ En

⁹⁸ *Ibid*, párrafos 203 y 204.

⁹⁹ *Ibid*, párrafo 211.

¹⁰⁰ *Ibid*, párrafo 213.

¹⁰¹ El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 establece lo siguiente:

Los productos del territorio de todo Miembro importados en el territorio de cualquier otro Miembro no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de

el contexto de esta disposición, el Órgano de Apelación ha indicado que se debería evaluar si se ha dado o no a los productos importados un trato "menos favorable" que a los productos nacionales similares "examinando si una medida modifica las *condiciones de competencia* en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados".¹⁰² Consideramos que esas constataciones anteriores del Órgano de Apelación son instructivas para evaluar el sentido de la expresión "trato no menos favorable", siempre que se tenga en cuenta el contexto específico en el que aparece la expresión, es decir, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.^{103,104}

Sobre este punto de usar las herramientas de análisis proporcionadas por el artículo III del GATT como contexto de la obligación similar de trato nacional contenida en el *Acuerdo OTC*, es curioso que en el análisis del Grupo Especial en *Estados Unidos - EPO* se haya hecho un muy extenso análisis para concluir porque sí podía usarse el artículo III del GATT y su jurisprudencia como herramienta de interpretación. Aquí el Órgano de Apelación hizo este análisis en tan sólo un párrafo y, por cierto, ni siquiera citó al Grupo Especial en *Estados Unidos-EPO*.

El Órgano de Apelación constató también que:

“Para averiguar si una medida se ajusta a la prescripción del "trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo 2 no es necesario determinar si los productos podrían de algún modo tener acceso a una ventaja, por ejemplo cumpliendo todas las condiciones aplicables. Más bien, como se explicó anteriormente, para determinar si se da a los productos importados un "trato menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es preciso analizar si la medida impugnada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados. Contrariamente a lo que parece haber supuesto el Grupo Especial, el hecho de que un reclamante pudiera cumplir o hubiera podido cumplir las condiciones impuestas por una medida impugnada no significa que esa medida sea compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.”¹⁰⁵

Por lo que respecta a la obligación de trato nacional, que es la obligación concreta que tenemos ante nosotros en las presentes diferencias, un análisis del trato menos favorable entraña una evaluación de si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos

este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto.

¹⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 137. (las cursivas figuran en el original) En el asunto *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, el Órgano de Apelación aclaró también que, es necesario que haya siempre una "relación auténtica" entre la medida en litigio "y su repercusión desfavorable en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares para que esa repercusión pueda respaldar la constatación de que se concede a los productos importados un trato menos favorable". (Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011, párrafo 134.)

¹⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180. Véase también el párrafo 215.

¹⁰⁴ Las notas al pie figuran en el original. *Cfr.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 214.

¹⁰⁵ *Ibid*, párrafo 221.

nacionales similares.¹⁰⁶ Al mismo tiempo, el contexto específico del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* -que incluye el párrafo 1 del Anexo 1, el párrafo 2 del artículo 2, y los considerandos segundo, quinto y sexto del preámbulo- apoya la interpretación de que el efecto del párrafo 1 del artículo 2 no es prohibir *a priori* cualquier restricción del comercio internacional.¹⁰⁷[...]

El Órgano de Apelación reconoció en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* y en *Estados Unidos - Atún II (México)* que para interpretar la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 se puede encontrar orientación pertinente en la jurisprudencia relativa al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.¹⁰⁸ De conformidad con el párrafo 4 del artículo III, la obligación de trato nacional del párrafo 1 del artículo 2 prohíbe el trato menos favorable tanto *de jure* como *de facto*.¹⁰⁹ [...] En un caso así el Grupo Especial debe tener en cuenta "la totalidad de los hechos y circunstancias que tiene ante sí"¹¹⁰ y evaluar las "consecuencias" para las condiciones de competencia "que se desprenden del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida".¹¹¹ Dicho examen debe tener en cuenta todas las características pertinentes del mercado, que pueden incluir las características concretas de la rama de producción de que se trate¹¹², las cuotas de mercado relativas en una determinada rama de producción¹¹³, las preferencias de los consumidores¹¹⁴, y la estructura comercial tradicional.¹¹⁵ Es decir, el Grupo Especial debe examinar el funcionamiento del reglamento técnico concreto en litigio en el mercado concreto en que se aplica.

[...] En todos los casos es *el efecto de la medida en las oportunidades de competencia en el mercado* lo que es pertinente para evaluar si la medida impugnada tiene un efecto perjudicial en los productos importados.

No obstante, [...] algunos reglamentos técnicos que tienen un efecto perjudicial *de facto* en las importaciones pueden no ser incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 cuando ese efecto deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.¹¹⁶ En cambio, cuando una distinción reglamentaria no se ha diseñado ni se aplica de manera imparcial¹¹⁷, por ejemplo porque se diseña o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado, no se puede considerar que esa distinción sea "legítima", y por tanto el efecto perjudicial reflejará la discriminación prohibida a tenor del párrafo 1 del artículo 2. Al evaluar la imparcialidad el Grupo Especial debe "examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del

¹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215.

¹⁰⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 212.

¹⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 100 y 176-180; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 214, 215 y 236-239.

¹⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 175.

¹¹⁰ *Ibid.*, párrafo 206.

¹¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 130.

¹¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 234.

¹¹³ Informe del Grupo Especial, *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R, adoptado el 24 de marzo de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS308/AB/R, párrafo 8.119.

¹¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 233.

¹¹⁵ Véase por ejemplo el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 145.

¹¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215.

¹¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216.

caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio".^{118,119}

El Órgano de Apelación señaló que “cuando un reglamento técnico no discrimina *de jure*, el Grupo Especial debe determinar si las pruebas y los argumentos presentados por el reclamante en un caso concreto demuestran no obstante que la aplicación de esa medida en el mercado pertinente tiene un efecto perjudicial *de facto* en el grupo de productos importados similares.” También recordó que “*cualquier* efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares que haya sido causado por una medida concreta puede ser pertinente” para la evaluación que haga un Grupo Especial del trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2.^{120,121}

Después, el Órgano de Apelación señaló que las circunstancias de las presentes diferencias son similares a las que existían en el asunto *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, y después de hacer un breve recuento de las particularidades de ese caso, concluyó que lo importante es hacerse la pregunta si la medida gubernamental es la que afecta a las condiciones de competencia entre los productos similares, nacionales e importados.¹²² Con base en esto, el Órgano de Apelación concluyó que:

“Por consiguiente, las constataciones formuladas en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* son compatibles con la tesis -y la respaldan- de que siempre que el funcionamiento de una medida en el mercado cree incentivos para que los agentes privados sistemáticamente hagan elecciones de forma que beneficia a los productos nacionales en detrimento de los productos importados similares, se puede constatar que esa medida trata los productos importados de forma menos favorable.”¹²³ [El Órgano de Apelación también añadió que] “La respuesta de un mercado a la aplicación de una medida gubernamental siempre es pertinente para evaluar si el funcionamiento de esa medida concede *de facto* un trato menos favorable a los productos importados.”¹²⁴

Sobre este caso en particular, el Órgano de Apelación agregó que para proceder correctamente con su análisis, los grupos especiales deben atender a las características específicas que se presentan dentro de un mercado determinado:

“Entendemos que el Grupo Especial ha considerado que, en este caso, la pequeña cuota de mercado correspondiente a las importaciones de ganado canadiense y mexicano agrava los efectos de la medida sobre el EPO. [...] En algunos casos, la cuota de mercado de los productos importados puede ser una [característica pertinente para el análisis].”¹²⁵

¹¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.

¹¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 267-271.

¹²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 225. (las cursivas figuran en el original)

¹²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 286.

¹²² *Cfr.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 288.

¹²³ *Ibidem*

¹²⁴ *Ibid.*, párrafo 289.

¹²⁵ *Ibid.*, 290.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error, en los párrafos 7.372, 7.381 y 7.420 de sus informes, al constatar que la medida sobre el EPO modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del ganado importado al crear un incentivo a favor de la utilización de ganado exclusivamente nacional y un desincentivo en contra de la utilización de ganado importado.¹²⁶ Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró que este análisis era incompleto:

“El Grupo Especial parece haber considerado que su constatación de que la medida sobre el EPO modifica las condiciones de competencia en detrimento del ganado importado es concluyente y lleva, sin más, a una constatación de violación de la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2. En este sentido, el análisis jurídico del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 es incompleto. El Grupo Especial debería haber continuado su examen y determinado si las circunstancias de este asunto indican que el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, o si la medida sobre el EPO no es imparcial. [...] Por consiguiente, consideramos oportuno examinar las constataciones del Grupo Especial en cuanto se refieren al diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de la medida sobre el EPO para determinar si podemos llegar a una conclusión a este respecto.”¹²⁷

El Órgano de Apelación dijo que sólo en caso de constatar que el efecto perjudicial refleja una discriminación en contravención de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2, entonces podría confirmar la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el EPO da a los animales importados un trato menos favorable que a los animales nacionales similares.

El Órgano de Apelación resumió su análisis de la siguiente forma:

“En resumen, nuestro examen de la medida sobre el EPO en el marco del párrafo 1 del artículo 2 revela que sus prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación imponen una carga desproporcionada a los productores y las empresas de transformación que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo porque la información que se transmite a los consumidores con arreglo a las prescripciones en materia de etiquetado obligatorio es mucho menos detallada y precisa que la información que deben rastrear y transmitir esos productores y empresas de transformación. Son esas mismas prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación las que "exigen" la segregación¹²⁸, lo que significa que los costos de cumplimiento que conllevan son más elevados para las entidades que faenan animales de diferentes orígenes. Habida cuenta de que la forma menos costosa de cumplir esas prescripciones es recurrir exclusivamente a animales nacionales, la medida sobre el EPO crea un incentivo para que los productores estadounidenses utilicen exclusivamente animales nacionales y tiene, por tanto, un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los animales importados. Además, las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación que se imponen a los productores y las empresas de transformación que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo no se pueden explicar por la necesidad de transmitir a los consumidores

¹²⁶ *Ibid.*, 291.

¹²⁷ *Ibid.*, 293 y 294.

¹²⁸ Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.327.

información sobre los países de nacimiento, cría y sacrificio de los animales, ya que la información detallada que deben rastrear y transmitir esos productores no se comunica necesariamente a los consumidores mediante las etiquetas prescritas en la medida sobre el EPO. Ello se debe a que en las etiquetas prescritas no se indican expresamente las etapas de producción específicas y, en el caso en particular de las etiquetas B y C, contienen una información inexacta o poco clara sobre el origen, o a que la carne o los productos cárnicos están totalmente exentos de las prescripciones en materia de etiquetado. Por consiguiente, el efecto perjudicial causado por las mismas prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación de la medida sobre el EPO tampoco se puede explicar por la necesidad de facilitar información sobre el origen a los consumidores. Sobre la base de estas constataciones, consideramos que las distinciones reglamentarias impuestas por la medida sobre el EPO equivalen a una discriminación arbitraria e injustificada contra los animales importados, por lo que no se puede decir que se apliquen de manera imparcial. En consecuencia, constatamos que el efecto perjudicial sobre los animales importados no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima sino que, en cambio, refleja la existencia de discriminación, lo que constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

B. Efecto perjudicial

Lo dicho por el Órgano de Apelación respectivamente en los casos *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, así como en *Estados Unidos - Atún II (México)*, es muy relevante para este tema.

Aunque el análisis de los efectos perjudiciales de una medida determinada debe realizarse caso por caso, en los dos casos citados existe un común denominador: el aspecto de la medida que causó el efecto perjudicial en los productos, en productos atuneros mexicanos comparados con los productos atuneros estadounidenses en un caso, y en cigarrillos mentolados comparado con cigarrillos de clavo de olor en el otro caso) fue la diferencia en las condiciones para etiquetar en el primer caso, o permitir la venta en el segundo, de dichos productos. A continuación explicaremos con mayor detalle los razonamientos del Órgano de Apelación.

En *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, los Estados Unidos alegaron que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los efectos perjudiciales en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados no se explicaban por factores que no guardaran relación con el origen extranjero de esos productos. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial no se extendió sobre por qué el artículo 907(a)(1)(A) no impone costos "a ninguna entidad estadounidense", al margen de observar que "en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados", en el mercado estadounidense. No obstante, no estuvo convencido de que el Grupo Especial incurriera en error al constatar que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el artículo 2.1. Por su diseño, el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe todos los cigarrillos que tengan aromas característicos distintos del tabaco o el mentol. Con respecto a los cigarrillos que no están prohibidos, en los años 2000 a 2009, entre el 94,3 y el 97,4 por ciento de todos los cigarrillos vendidos en los Estados Unidos era de producción nacional, y los cigarrillos mentolados representaban en torno al 26 por ciento del total del mercado de cigarrillos estadounidense. Tres marcas nacionales dominan el mercado

estadounidense de cigarrillos mentolados. Dado lo anterior, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del artículo 907(a)(1)(A) indican claramente que el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor refleja una discriminación contra el grupo de productos similares importados de Indonesia. Los productos que están prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A) consisten principalmente en cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia, mientras que los productos similares que esa medida de hecho permite consisten principalmente en cigarrillos mentolados de producción nacional. Además, el efecto perjudicial del artículo 907(a)(1)(A) en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados no derivó de una distinción reglamentaria legítima. El objetivo declarado del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Una de las características particulares de los cigarrillos aromatizados, que los hace atractivos para los jóvenes, es la aromatización que enmascara la aspereza del tabaco, haciendo así más agradable comenzar a fumar que con cigarrillos ordinarios. En la medida en que esta característica en particular está presente tanto en los cigarrillos de clavo de olor como en los mentolados, los cigarrillos mentolados tienen la misma característica del producto que justificó la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. Además, las razones presentadas por los Estados Unidos para la exención de los cigarrillos mentolados no demuestran que el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados efectivamente derive de una distinción reglamentaria legítima. Por lo tanto, aunque el artículo 907(a)(1)(A) no distingue expresamente entre el trato dado a los productos similares importados y nacionales, dicha disposición funciona de manera que refleja una discriminación contra el grupo de productos similares importados de Indonesia. En consecuencia, al eximir a los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados, el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares nacionales, en el sentido del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*.¹²⁹

Después de confirmar, aunque por razones distintas, la constatación del Grupo Especial según la cual el artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA es incompatible con el artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*, el Órgano de Apelación hizo la siguiente observación.

No consideró que el *Acuerdo OTC*, ni ninguno de los acuerdos abarcados, deba interpretarse de manera que impida a los Miembros formular y aplicar políticas de salud pública en general, ni políticas de control del tabaco en particular, mediante la regulación del contenido de los productos de tabaco, incluida la prohibición o restricción del uso de ingredientes que aumenten el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos para los jóvenes y los posibles fumadores. Además, reconoció la importancia de los esfuerzos realizados por los Miembros en la Organización Mundial de la Salud en materia de control del tabaco. Aunque el artículo 907(a)(1)(A) persigue el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco por los jóvenes prohibiendo los cigarrillos que contienen aromas e ingredientes que aumentan el atractivo del tabaco para los jóvenes, lo hace de manera que es incompatible con la obligación de trato nacional establecida en el artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*, puesto que exige de la prohibición de los cigarrillos aromatizados a los cigarrillos mentolados, los

¹²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 215-226.

cuales contienen, de manera similar, aromas e ingredientes que aumentan el atractivo del tabaco para los jóvenes.¹³⁰

A mayor abundamiento, también hacemos eco de lo dicho por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)*, respecto al tema del efecto perjudicial:

“El aspecto de la medida que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos es, por tanto, la diferencia en las condiciones para etiquetar productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro. En consecuencia, lo que tenemos que determinar es si los Estados Unidos han demostrado que *esta* diferencia en las condiciones de etiquetado es una distinción reglamentaria legítima, y por ende si el efecto perjudicial de la medida se derivan [sic] exclusivamente de esa distinción y no reflejan una discriminación.”¹³¹

Posteriormente, el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)* señaló la diferencia entre su análisis y el del Grupo Especial de la siguiente forma:

“Las constataciones del Grupo Especial relativas a si la medida en litigio se adapta, a los efectos de su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2, no son, por consiguiente, determinantes para decidir si la medida se adapta a los efectos del párrafo 1 del artículo 2. En particular, parecería que, en respuesta a la cuestión de si la medida proporciona información precisa a los consumidores, *todas* las distinciones establecidas en la medida pueden ser pertinentes. En cambio, en un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 *sólo* tenemos que examinar la distinción que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún estadounidenses y los productos de atún originarios de otros países. Teniendo en cuenta el diferente alcance de esas indagaciones, debemos examinar con cuidado en qué medida las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 afectan a la cuestión de si la diferencia en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro, se adaptan en función de la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las respectivas condiciones.”¹³²

[...]

“Como observó el Grupo Especial, cuando "ese atún se captura fuera del PTO, tendría derecho a la etiqueta oficial de los Estados Unidos incluso si, en realidad, se ha capturado o se ha herido gravemente a delfines durante la expedición ya que, de conformidad con las medidas estadounidenses tal como se aplican en la actualidad, no se exige un certificado de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín fuera del PTO".^{133,134}

[...]

¹³⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 235-236.

¹³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 284.

¹³² *Ibid*, párrafo 286.

¹³³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.532.

¹³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289.

De ello se deduce que los Estados Unidos no han demostrado que el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Observamos, en particular, que la medida estadounidense aborda plenamente los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines en el PTO, mientras que "no se ocupa de la mortalidad (observada o no observada) debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO".¹³⁵ Dadas esas circunstancias, no estamos persuadidos de que los Estados Unidos hayan demostrado que la medida es imparcial en los aspectos pertinentes, aun aceptando que la técnica de pesca mediante lances sobre delfines es especialmente dañina para esos animales.¹³⁶ [el subrayado es nuestro]

VIII. Obstáculos innecesarios al comercio (artículo 2.2)

El Texto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece lo siguiente:

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

El Grupo Especial en los casos *Estados Unidos - EPO* y *Estados Unidos - Atún II (México)* señaló que la lista de objetivos contenida en la tercera frase del párrafo 2 del artículo 2 es una lista no exhaustiva de objetivos legítimos a los efectos de esa disposición.¹³⁷

1. Generalidades

En el *CE - Sardinias*, aunque el Grupo Especial no analizó el contenido el artículo 2.2, señaló:

“El párrafo 2 del artículo 2 y este texto del preámbulo afirman que corresponde a los Miembros decidir cuáles son los objetivos de política que desean perseguir y los niveles a los que desean perseguirlos. Al mismo tiempo, estas disposiciones imponen ciertos límites a la autonomía de los Miembros que deciden adoptar reglamentos técnicos: los Miembros no pueden crear obstáculos al comercio que sean innecesarios o que en su aplicación constituyan una discriminación arbitraria e injustificada o una restricción encubierta del comercio internacional. De este modo, el *Acuerdo OTC*, como el GATT de 1994, cuyos objetivos tiene el propósito de impulsar, otorga cierto grado de deferencia a los objetivos de política interna que los Miembros desean perseguir. Sin embargo, el *Acuerdo OTC*, como el GATT de 1994, muestra menos deferencia respecto de los medios que los Miembros escogen para el logro de sus objetivos de política interna.”

¹³⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.544. “Observamos que la medida en litigio sí aborda la pesca con redes de deriva en alta mar.” Esta nota al pie figura en el original.

¹³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

¹³⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.632.

Fue hasta el año 2011 en el que la trilogía de grupos especiales, y en 2012 los tres informes del Órgano de Apelación en que se analizaron los asuntos respectivos de *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - EPO*, en que por primera vez se examinó el contenido del artículo 2.2 del *Acuerdo OTC*.

Así las cosas, como han señalado académicos¹³⁸ y practicantes¹³⁹ esta trilogía de casos son los que abordan por vez primera cuestiones relacionadas con el *Acuerdo OTC*, y por lo tanto permitirán definir qué tipo de medidas pueden adoptar los Miembros de la OMC cuando adopten regulaciones técnicas que se relacionen con el comercio internacional.

2. *Análisis en dos partes*

El Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* y en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, respectivamente, determinaron que la segunda frase del artículo 2.2 del *Acuerdo OTC* establece dos requisitos que deben cumplir los reglamentos técnicos para no constituir obstáculos innecesarios al comercio internacional: (1) deben tratar de alcanzar un objetivo legítimo; y (2) no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.¹⁴⁰

3. *Carga de la prueba*

Según los grupos especiales en el *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* y en el *Estados Unidos - Atún II (México)*, respectivamente, la carga de la prueba bajo el artículo 2.2 corresponde al reclamante. Esto implica necesariamente la determinación *prima facie* del objetivo de la medida y de su legitimidad, de acuerdo al reclamante.¹⁴¹

Únicamente se espera que el reclamante presente sus alegaciones teniendo en cuenta la información de que dispone a este respecto. No obstante, a fin de salvaguardar el derecho del Miembro demandado a adoptar medidas para alcanzar determinados objetivos legítimos, el Grupo Especial debe examinar también la descripción que hace el demandado de sus propios objetivos, a fin de aclarar debidamente cuáles son los objetivos de la medida y qué legitimidad tienen esos objetivos.¹⁴²

¹³⁸ Guzman, Andrew T. y Pauwelyn, Joost H.B., *International Trade Law*, Second Edition. 2012. (Chapter 19 online version); Condon, Bradley J. “Comentario sobre *Estados Unidos — Atún II (México)*, Informe del Grupo Especial, 15 de septiembre de 2011”. Revista de Derecho Económico Internacional, ITAM, Vol. 2 No. 1, Marzo 2012, disponible en www.dei.itam.mx

¹³⁹ Brendan McGivern, “*WTO Appellate Body Report: United States - Tuna II*”, White & Case, Mayo 2012, disponible en <http://www.whitecase.com/files/Publication/0b4586d6-8dd1-4a8d-95c3-cc0e37aaf4c4/Presentation/PublicationAttachment/d53bfe6f-56a6-4992-8e2e-ce7e670c8f16/article-WTO-Appellate-Body-Report-US-Tuna-II.PDF>

¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.387; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.331

¹⁴¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.3878; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.331

¹⁴² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.392-7.393.

4. Análisis del Órgano de Apelación del artículo 2.2

El Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - EPO* señaló que la primera frase del párrafo 2 del artículo 2 establece un principio general, a saber, que no deben crearse obstáculos innecesarios al comercio internacional. El preámbulo del *Acuerdo OTC* confirma esa interpretación, remató.

Acto seguido, estimó que la conformidad de una medida con el principio general consagrado en la primera frase del párrafo 2 del artículo 2 tiene que establecerse sobre la base de los elementos de la segunda frase. En otras palabras, la segunda frase explica lo que la primera frase significa. Las palabras "a tal fin" que introducen la segunda frase indican que ésta explica el sentido del principio general consagrado en la primera frase estableciendo la obligación específica que los Miembros han de observar. Por consiguiente, el Grupo Especial se centró en el contenido de la segunda frase para derivar el marco jurídico en el que necesariamente ha de basarse el análisis de la alegación formulada por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2.

La segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 dice así: "A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo."

El Grupo Especial subrayó que el texto de la segunda frase enuncia una obligación que puede dividirse en varios elementos, aunque aclaró que el orden de análisis de esos elementos no tiene que estructurarse y organizarse de la misma manera en cualquier situación.

El Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)* analizó este párrafo y comenzó estudiando las frases que conforman el párrafo 2. El Órgano de Apelación llevó este ejercicio de disección hasta sus últimas consecuencias, es decir, hasta el nivel literal. Próxima parada: diccionario. Después de consultar al "maestro de las palabras" llegó a la siguiente conclusión:

"Por consiguiente, al pronunciarse sobre una alegación presentada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, un Grupo Especial debe evaluar lo que trata de alcanzar un Miembro por medio de un reglamento técnico (es decir, debe determinar cuál es el objetivo y después si éste es legítimo). En esa evaluación, puede tener en cuenta el texto de instrumentos jurídicos, los antecedentes legislativos y otras pruebas relativas a la estructura y aplicación de la medida. Un Grupo Especial no está obligado por la caracterización que hace un Miembro de los objetivos que persigue por medio de la medida, pero debe evaluarlos de manera independiente y objetiva.¹⁴³ A continuación el análisis debe pasar a ocuparse de la cuestión de si un objetivo concreto es legítimo de conformidad con los parámetros establecidos más arriba."¹⁴⁴

¹⁴³ Véase el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1, párrafo 304.

¹⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 314.

El Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO* reiteró que, de acuerdo a la diferencia *Estados Unidos - Atún II (México)* el Órgano de Apelación en ese caso explicó que para determinar si un reglamento técnico "restrin[ge] el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 es necesario evaluar varios factores, entre los que figuran los siguientes: i) el grado de la contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión; ii) el grado de la restricción del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo que persigue el Miembro a través de la medida.¹⁴⁵ El Órgano de Apelación recordó también que en *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Órgano de Apelación indicó además que, "[e]n la mayoría de las ocasiones, debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas".¹⁴⁶ Al hacer esta comparación será pertinente considerar si la alternativa propuesta restringe menos el comercio; si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo; y si está razonablemente disponible.¹⁴⁷

Así las cosas, el Órgano de Apelación en este caso consideró que el presente asunto requiere un examen de los factores indicados anteriormente tanto respecto de la medida sobre el EPO como respecto de las alternativas propuestas por los reclamantes a fin de determinar si la medida sobre el EPO restringe el comercio más de lo "necesario" para alcanzar su objetivo.

5. *Objetivo legítimo*

A. *Lista no exhaustiva*

En el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Grupo Especial examinó la descripción de los objetivos de los Estados Unidos y de México, además de examinar la estructura y diseño de la medida.¹⁴⁸ Concluyó que la medida tenía dos objetivos: (1) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines; y (2) proteger a los delfines.¹⁴⁹

El artículo 2.2 del *Acuerdo OTC* proporciona una lista no exhaustiva de los objetivos legítimos de conformidad con esta disposición. Esta lista abarca la "prevención de prácticas que puedan inducir a error" y la "protección de...la vida o la salud animal o vegetal, o del

¹⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

¹⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322. Como se indica más arriba, el Órgano de Apelación señaló dos casos en los que puede no ser necesario realizar una comparación entre la medida impugnada y las posibles medidas alternativas, a saber, cuando la medida no restringe en absoluto el comercio, o cuando una medida que restringe el comercio y no hace *ninguna* contribución al logro del objetivo legítimo pertinente. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 647 al párrafo 322)

¹⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.406.

¹⁴⁹ *Ibid*, párrafos 7.409-7.418.

medio ambiente”. El Grupo Especial concluyó que los objetivos del etiquetado *dolphin-safe* estaban incluidos en el ámbito de esas dos categorías de objetivos legítimos.¹⁵⁰

a. Los grupos especiales deben identificar inequívocamente el objetivo legítimo

En apelación, los participantes formularon varias objeciones con respecto al enfoque adoptado por el Grupo Especial en la identificación del "objetivo" perseguido. Sin embargo, antes de ocuparse de esos argumentos, el Órgano de Apelación manifestó su preocupación por la forma en que el Grupo Especial se refirió al objetivo de la medida sobre el EPO en el curso de su análisis:

“En primer lugar, observamos que la formulación del objetivo perseguido por los Estados Unidos por el Grupo Especial varió a lo largo de su análisis. Por ejemplo, a veces identificó como objetivo "proporcionar al consumidor información sobre el origen"¹⁵¹ y en otras ocasiones se refirió a éste como "proporcionar a los consumidores cuanta información clara y exacta sobre el origen sea posible".¹⁵² Con esas formulaciones diferentes del objetivo, el Grupo Especial introdujo en su razonamiento un cierto grado de incertidumbre.¹⁵³ Está fuera de toda duda que los grupos especiales han de procurar no utilizar términos diferentes para designar el mismo concepto, especialmente en el contexto de un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, dado que el objetivo pertinente es la pauta de referencia con respecto a la cual un Grupo Especial debe evaluar el grado en que contribuyen al logro del objetivo un reglamento técnico impugnado y otras medidas alternativas propuestas. Por esas razones, nunca se hará suficiente hincapié en la importancia de que el Grupo Especial identifique con suficiente claridad y coherencia el objetivo o los objetivos perseguidos por un Miembro mediante un reglamento técnico.” [El subrayado es nuestro]

El Órgano de Apelación también examinó el análisis del Grupo Especial para determinar cuál es el objetivo perseguido por los Estados Unidos con la medida EPO. El Órgano de Apelación reconvino al Grupo Especial por haber segmentado en dos partes su análisis, sin embargo, el Órgano de Apelación reconoció que en última instancia el Grupo

¹⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 7.437.

¹⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 7.617, 7.671 y 7.685.

¹⁵² *Ibid.*, párrafo 7.620. Véase también el párrafo 7.715. El Grupo Especial se refirió también en varias ocasiones al objetivo adicional de la prevención de la confusión entre los consumidores. Por ejemplo, en el párrafo 7.671 de sus informes, declaró lo siguiente: Por lo que respecta concretamente a los productos cárnicos, los Estados Unidos describen con más detalle su objetivo en la forma siguiente: i) información al consumidor -la medida sobre el EPO pretende "proporcionar a los consumidores cuanta información clara y exacta sea posible sobre el país o países de origen de los productos cárnicos que compran al por menor", especialmente "información sobre los países en los que el animal del que procede la carne ha nacido, se ha criado y ha sido sacrificado"; y ii) prevención de la confusión entre los consumidores -la medida sobre el EPO pretende prevenir la confusión relacionada con la etiqueta del USDA indicativa de la calidad y el anterior sistema del FSIS de etiquetado con la indicación "Producto de los Estados Unidos" que permitía aponer esa etiqueta si los productos cárnicos eran objeto de una mínima elaboración en los Estados Unidos. El Grupo Especial se refirió además al segundo de esos objetivos en los siguientes términos: "El objetivo específico perseguido por los Estados Unidos ... es, en cualquier circunstancia, impedir que animales de origen no estadounidense lleven una etiqueta indicativa de origen estadounidense". (*Ibid.*, párrafo 7.713.)

¹⁵³ Esa incertidumbre se reflejó también en las diferentes formulaciones expuestas por los participantes en la audiencia cuando se les pidió que explicaran cuál entendían que era el objetivo identificado por el Grupo Especial.

Especial sí hizo un examen correcto sobre este punto.¹⁵⁴ Después de esto, el Órgano de Apelación procedió a analizar las apelaciones presentadas por las partes,¹⁵⁵ y llegó a sus conclusiones, las cuales resumió así:

“Hemos constatado [...] que el Grupo Especial, aunque realizó innecesariamente un doble análisis del objetivo perseguido por los Estados Unidos mediante la medida sobre el EPO, no incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Hemos formulado esa constatación porque la constatación del Grupo Especial de que el objetivo de la medida sobre el EPO es proporcionar a los consumidores información sobre el origen se basó, en última instancia, en una evaluación global del objetivo declarado de los Estados Unidos y las pruebas relativas al texto, diseño, estructura y antecedentes legislativos de la medida.”¹⁵⁶

b. ¿"alcanzar" = grado de la contribución?

[alcanzar y el grado de contribución vienen intertwined, así que antes de resumir, leer ambos apartados]

Uno de los elementos a analizar en el marco del párrafo 2 del artículo 2 es la cuestión de si una medida “alcanza” su objetivo. El Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* y en el caso *Estados Unidos - EPO* delineó el enfoque adecuado para realizar este análisis.

El Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* examinó el sentido de la palabra “alcanzar” en el contexto de la frase “alcanzar un objetivo legítimo” del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El Órgano de Apelación estimó que la cuestión de si un reglamento técnico “alcanza” un objetivo se refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo. El Órgano de Apelación consideró que esta lectura de la expresión “alcanzar un objetivo legítimo” encuentra apoyo en el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC*, que ofrece un contexto pertinente para interpretar el párrafo 2 del artículo 2:

“En resumen, consideramos que para determinar si un reglamento técnico “restrin[ge] el comercio más de lo necesario” en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es necesario evaluar varios factores. Un Grupo Especial debería empezar por tomar en consideración varios factores, entre ellos los siguientes: i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión; ii) el grado de restricción del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida. En la mayoría de las ocasiones, debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas.¹⁵⁷ En particular, a los efectos de esta comparación, puede ser pertinente considerar si la alternativa propuesta es menos restrictiva del comercio, si haría una contribución equivalente al objetivo

¹⁵⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 392-396.

¹⁵⁵ *Ibid*, párrafos 397-431.

¹⁵⁶ *Ibid*, párrafo 432.

¹⁵⁷ “Podemos señalar al menos dos casos en los que puede no ser necesario realizar una comparación entre la medida impugnada y las posibles medidas alternativas. Por ejemplo, nos parecería que, si una medida no restringe el comercio, entonces es posible que no sea incompatible con el párrafo 2 del artículo 2. Por el contrario, si una medida restringe el comercio y no hace *ninguna* contribución al logro del objetivo legítimo, es posible que sea incompatible con esa disposición.” Esta nota al pie figura en el original.

legítimo de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, y si está razonablemente disponible.”¹⁵⁸

En el caso *Estados Unidos – EPO*, el Órgano de Apelación procedió con el tercer paso del análisis realizado por el Grupo Especial de las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, es decir, la evaluación por el Grupo Especial de si la medida sobre el EPO "restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar" un objetivo legítimo.¹⁵⁹ El Órgano de Apelación utilizó nuevamente las orientaciones dadas en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, respecto al enfoque adecuado para determinar si una medida “alcanza” su objetivo, uno de los factores de análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2. El Órgano de Apelación afirmó:

“El Órgano de Apelación [en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*] explicó que ese factor se refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo, y que un Grupo Especial debe tratar de averiguar en qué grado el reglamento técnico impugnado, tal como se ha redactado y aplicado, contribuye realmente al objetivo legítimo perseguido por el Miembro, si es que contribuye en grado alguno.¹⁶⁰ El grado de logro de un objetivo concreto se puede inferir del diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico, así como de pruebas relativas a la aplicación de la medida. El Órgano de Apelación no constató ni dio a entender que, para que una medida cumpla lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2, debe alcanzar algún umbral mínimo de logro. Más bien, la contribución que hace la medida impugnada al logro de su objetivo debe ser determinada de manera objetiva y evaluada después junto con los demás factores mencionados en el párrafo 2 del artículo 2, es decir: i) el grado de restricción del comercio de la medida; y ii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida. Así pues, en la mayoría de las ocasiones, debería realizarse también una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas.¹⁶¹ Mediante ese análisis, un Grupo Especial podrá juzgar la "necesidad" de la restricción del comercio de la medida en litigio, es decir, podrá determinar si el reglamento técnico en litigio restringe el comercio internacional más de lo necesario para alcanzar el grado de contribución que hace al logro de un objetivo legítimo.”¹⁶²

Recordemos que el Grupo Especial constató que la medida sobre el EPO "no alcanza el objetivo identificado, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, porque no transmite a los consumidores información significativa sobre el origen".¹⁶³

¹⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

¹⁵⁹ *Ibid*, párrafo 454.

¹⁶⁰ “A tal fin, quizá sea necesario evaluar si la medida en litigio es capaz de lograr el objetivo legítimo”. Esta nota al pie (número 928) figura en el original.

¹⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322. El Órgano de Apelación señaló "al menos dos casos en los que puede no ser necesario realizar una comparación entre la medida impugnada y las posibles medidas alternativas", a saber, cuando la medida no restringe en absoluto el comercio, o cuando una medida que restringe el comercio no hace *ninguna* contribución al logro del objetivo legítimo pertinente. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 647 al párrafo 322.)

¹⁶² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012, párrafo 461.

¹⁶³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO* párrafo 7. 719.

Para el Órgano de Apelación, las declaraciones finales del Grupo Especial y su constatación definitiva, sugieren que el Grupo Especial consideró que “para que la medida sobre el EPO alcanzara su objetivo, o bien todas las etiquetas debían proporcionar información exacta y clara al 100 por ciento, o bien la medida sobre el EPO debía alcanzar o superar cierto umbral mínimo. Cualquiera que fuese el criterio aplicado, era evidente que el Grupo Especial opinaba que la medida sobre el EPO no lo satisfacía”.¹⁶⁴ Asimismo, el Órgano de Apelación señaló que:

“Hemos declarado anteriormente que la evaluación por un Grupo Especial de la cuestión de si la medida alcanza su objetivo se refiere sobre todo a la contribución efectiva que hace una medida al logro de su objetivo. Por consiguiente, esa evaluación debe estar orientada a determinar el grado de la contribución que hace la medida, y no a responder a las preguntas de si la medida alcanza por completo el objetivo o permite llegar a cierto nivel mínimo de logro de ese objetivo.¹⁶⁵ Puesto que el Grupo Especial parece haber considerado necesario que la medida sobre el EPO "alcanzara" por completo el objetivo o satisficiera cierto nivel mínimo de logro para que fuera compatible con el párrafo 2 del artículo 2, incurrió en error en su interpretación de esa disposición. Además, puesto que hizo caso omiso de sus propias constataciones, que demuestran que las etiquetas previstas en la medida sobre el EPO sí contribuyeron al objetivo de proporcionar a los consumidores información sobre el origen, incurrió también en error en el análisis que realizó en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Por esas razones, *constatamos* que el Grupo Especial incurrió en error, en el párrafo 7.719 de sus informes, al constatar que "la medida sobre el EPO no alcanza el objetivo identificado, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, porque no transmite a los consumidores información significativa sobre el origen", y *revocamos* la constatación definitiva del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.720 de sus informes, de que, por esta razón, la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.^{166, 167}

En relación con la contribución de una medida para alcanzar los objetivos, el Órgano de Apelación en el *Estados Unidos - Atún II (México)* aclaró que:

“El Grupo Especial no constató que las disposiciones de los Estados Unidos sobre etiquetado "dolphin-safe" no alcanzan sus objetivos, o no "puedan" alcanzar los objetivos de los Estados Unidos¹⁶⁸, sino que la medida estadounidense de hecho alcanzaba los objetivos de los Estados Unidos en una cierta medida. Hemos declarado *supra* que la cuestión de si un reglamento técnico "alcanza" un objetivo atañe al grado en que el reglamento técnico contribuye al logro del objetivo legítimo. Por lo tanto, la evaluación de si la restricción del comercio causada por una medida es necesaria en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 se centra en el grado en el que la medida contribuye al objetivo que se persigue.”¹⁶⁹ [el subrayado es nuestro]

¹⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 467.

¹⁶⁵ Véase *supra*, párrafo 373.

¹⁶⁶ Véanse también el informe del Grupo Especial solicitado por el Canadá, párrafo 8.3 c); y el informe del Grupo Especial solicitado por México, párrafo 8.3 c).

¹⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 468.

¹⁶⁸ Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 282.

¹⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 341.

c. Expectativas del consumidor

El Grupo Especial en *Estados Unidos - EPO* abordó una cuestión interesantísima, a saber, cómo podrían influenciar las reglamentaciones de un país las preferencias o expectativas de sus consumidores. Esto debido a que en el contexto del asunto *Estados Unidos - EPO*, los reclamantes opinaron que los Estados Unidos están tratando de influir en la percepción de los consumidores con una intervención reglamentaria, y de justificar la legitimidad de esa intervención sobre la base de una percepción de los consumidores creada por las autoridades. Al respecto, el Grupo Especial recordó lo dicho por el Grupo Especial en *CE - Sardinias*:

“Si hubiéramos de aceptar que un Miembro de la OMC puede 'crear' expectativas en el consumidor y después invocar la existencia de las expectativas así 'creadas' para justificar la medida restrictiva del comercio que les dio origen, estaríamos aprobando la admisibilidad de obstáculos reglamentarios al comercio que se justifican a sí mismos. *El peligro es que los Miembros, al influir en las expectativas del consumidor con su intervención reglamentaria en el mercado, puedan justificar después la legitimidad de esas mismas intervenciones alegando las expectativas creadas en el consumidor por las autoridades. ...*” [las cursivas fueron añadidas por el Grupo Especial que conoció de este asunto].¹⁷⁰

Es importante mencionar que el Órgano de Apelación no se ha pronunciado al respecto.

IX. Los reglamentos técnicos no son eternos (artículo 2.3)

En el caso *CE - Sardinias* el Grupo Especial remarcó que el artículo 2.3 apoya la noción de que la obligación dispuesta en el artículo 2.4 no es una obligación estática y que hay una obligación permanente de reevaluar los reglamentos técnicos a la luz de estándares internacionales que son adoptados o revisados:

“Los términos del párrafo 3 del artículo 2 indican que los Miembros deben abolir los reglamentos técnicos que hayan dejado de servir para su propósito o modificarlos si el cambio de las circunstancias o los objetivos permiten atenderlos de una manera menos restrictiva del comercio. Esta prescripción se aplica también a los reglamentos técnicos dictados antes de la entrada en vigor del *Acuerdo OTC*. En consecuencia, los Miembros estarían obligados a evaluar periódicamente sus reglamentos técnicos y poner fin a su vigencia si han dejado de servir para sus objetivos, o modificarlos si existe una manera menos restrictiva del comercio que permita alcanzar sus objetivos....”

X. Normas internacionales como base (artículo 2.4)

En virtud del artículo 2.4 del *Acuerdo OTC*, cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas

¹⁷⁰ *Ibid*, párrafo 7.643.

internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

1. *Análisis tri-fásico del artículo 2.4*

El Grupo Especial explicó en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* que:

“En *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación examinó los elementos de una infracción del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En ese asunto, sin embargo, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación aplicaron el mismo criterio en su evaluación de la alegación planteada por el Perú al amparo del párrafo 4 del artículo 2. En primer lugar examinaron si la supuesta norma internacional era en efecto una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 4 del artículo 2, después analizaron si la norma internacional pertinente había sido utilizada "como base" del Reglamento de las CE impugnado por el Perú; por último, el tercer elemento que consideraron fue si la norma internacional pertinente era "ineficaz o inapropiada" para lograr los objetivos legítimos perseguidos.¹⁷¹ Estimamos que este criterio es compatible con los términos y la estructura del párrafo 4 del artículo 2. Por consiguiente, consideramos apropiado examinar la alegación formulada por México al amparo del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sobre la base de los tres elementos siguientes:

- la existencia o formulación definitiva inminente de una norma internacional pertinente;
- la cuestión de si la norma internacional ha sido utilizada como base del reglamento técnico;
- y
- la cuestión de si la norma internacional es un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, habida cuenta de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.”

Por lo tanto el Grupo Especial en asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*, examinó: (1) si la “norma del APICD” constituye una norma internacional pertinente; (2) si los Estados Unidos la habían utilizado como base de sus disposiciones sobre etiquetado *dolphin-safe*; y (3) si esa norma era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos.¹⁷² Concluyó que la “norma del APICD” constituye una norma internacional pertinente¹⁷³ y que los Estados Unidos no la habían utilizado como base de sus disposiciones sobre etiquetado *dolphin-safe*.¹⁷⁴ Sin embargo, el Órgano de Apelación revocó esta constatación, como veremos más adelante.

2. *Carga de la prueba*

El Órgano de Apelación ha señalado que no existe una relación “regla general-excepción” entre la primera y la segunda parte del artículo 2.4. Por lo tanto recae en el Miembro reclamante que solicita una resolución sobre la incompatibilidad de un reglamento técnico con el artículo 2.4 del *Acuerdo OTC* la carga de probar su alegación. Esa carga comprende la necesidad de acreditar que una norma internacional pertinente no

¹⁷¹ Véanse el informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafos 7.61-7.139, y el informe del Órgano de Apelación, párrafos 217-291.

¹⁷² Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafos 7.628-7.629.

¹⁷³ *Ibid*, párrafos 7.663-7.707.

¹⁷⁴ *Ibid*, párrafos 7.711-7.716.

se ha utilizado “como base del reglamento técnico, así como acreditar que la norma internacional pertinente es un medio eficaz y apropiado para alcanzar los “objetivos legítimos” que persigue el reglamento técnico.¹⁷⁵ Este criterio posteriormente fue utilizado también por el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*.¹⁷⁶

3. Relación con el Acuerdo MSF y otros Acuerdos OMC

Al referirse a la carga de la prueba, el Órgano de Apelación en el caso *CE - Sardinias* comparó el artículo 3.1 y 3.3 del Acuerdo MSF, con la primera y la segunda parte del artículo 2.4 del *Acuerdo OTC*:

“El Grupo Especial no da ninguna explicación de esa conclusión y, efectivamente, no podía dar ninguna explicación plausible. Porque existen grandes similitudes conceptuales entre, por una parte, el párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y, por otra los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, y el razonamiento que seguimos en el asunto *CE - Hormonas* es igualmente apropiado para este caso. La médula del párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* es una prescripción de que los Miembros deben basar sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales. Del mismo modo, la médula del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es una prescripción de que los Miembros utilicen normas internacionales como base de sus reglamentos técnicos. Ninguna de estas prescripciones de uno y otro Acuerdo es absoluta. Los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* permiten a los Miembros apartarse de una norma internacional si procuran un nivel de protección superior al que se lograría mediante la norma internacional, el nivel de protección que se procura está basado en una adecuada evaluación del riesgo, y la norma internacional no basta para lograr el nivel de protección que se persigue. De este modo, con arreglo al *Acuerdo MSF*, está permitido apartarse de una norma internacional en circunstancias en que esa norma sea ineficaz para lograr el objetivo de la medida en cuestión. Del mismo modo, con arreglo al párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, los Miembros pueden apartarse de una norma internacional pertinente en caso de que sea “un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos” por ese Miembro por medio del reglamento técnico.

... Del mismo modo, las circunstancias planteadas en la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2 están excluidas del ámbito de aplicación de la primera parte de ese párrafo. En consecuencia, tal como ocurría con los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, no existe una relación “regla general-excepción” entre la primera y la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2. Por lo tanto, en este caso, recae en el Perú -como Miembro reclamante que solicita una resolución sobre la incompatibilidad de la medida aplicada por las Comunidades Europeas con el párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*- la carga de probar su alegación. Esa carga comprende la necesidad de acreditar que Codex Stan 94 no se ha utilizado “como base del” Reglamento de las CE, así como acreditar que Codex Stan 94 es un medio eficaz y apropiado para alcanzar los “objetivos legítimos” que persiguen las Comunidades Europeas mediante su Reglamento.”

En el asunto *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación también coincidió con el análisis del Grupo Especial de los artículos 2.5 y 2.6 como contexto pertinente para el Artículo 2.4, el apoyo al argumento de que el artículo 2.4 regula las medidas adoptadas antes de que el *Acuerdo OTC* entrara en vigor. Por último, en el mismo caso, el Órgano de Apelación

¹⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 274-275.

¹⁷⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.628-9.

constató un mayor apoyo para esta conclusión en el artículo XVI: 4 del Acuerdo sobre la OMC y en el objeto y fin del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

4. Temporalidad

El artículo 2.4 se aplica a los reglamentos técnicos que existían antes del 1 de enero de 1995, además de la elaboración y adopción de los reglamentos técnicos después de esa fecha.¹⁷⁷

5. Primer requisito: la existencia o formulación definitiva inminente de una norma internacional pertinente

Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación han analizado el sentido de la expresión “norma internacional pertinente”, por lo que haremos referencia a la parte relevante de ambos informes con el objetivo de contrastar sus diferencias.

A. El sentido de la expresión "norma internacional" para el Grupo Especial en el caso Estados Unidos - Atún II (México)

El Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* constató que una “norma internacional” está integrada por tres elementos: (1) una norma; (2) adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización; y (3) puesta a disposición del público.¹⁷⁸

También concluyó que el término “norma” utilizado en la definición de “norma internacional” en la Guía 2 de la ISO/CEI debe interpretarse como se define en la propia Guía de la ISO/CEI: un “documento establecido por consenso y aprobado por una institución reconocida que prevea, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para las actividades o sus resultados, destinadas a lograr el grado óptimo de orden en un determinado contexto”.¹⁷⁹

Concluyó que la definición de *dolphin-safe* en la Resolución del APICD sobre el seguimiento y verificación del atún a que se hace referencia en la Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin-Safe* prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características en relación con la pesca de atún y los productos de atún. Por ende, constituye una “norma” a los fines del artículo 2.4 del *Acuerdo OTC*.¹⁸⁰

Razonó que hay un fuerte vínculo institucional entre el APICD y la Comisión Internacional de Atún Tropical (CIAT), porque todos los Estados partes en el APICD son miembros de la CIAT (con excepción de Honduras). De preferencia, hacen las reuniones anuales de ambos juntos. Por tanto, el Grupo Especial concluyó que las partes en el APICD, cuando actúan dentro del marco institucional de la CIAT, constituyen una “organización” a

¹⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 205-208 y 215.

¹⁷⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.663-7.664.

¹⁷⁹ *Ibid*, párrafos 7.670-7.672.

¹⁸⁰ *Ibid*, párrafo 7.677.

los fines de la aplicación del artículo 2.4 del *Acuerdo OTC*.¹⁸¹ También concluyó que el APICD tiene “actividades reconocidas en el ámbito de la normalización” y por consiguiente constituye un “organismo con actividades de normalización”.¹⁸²

La participación en el APICD está abierta, sobre una base no discriminatoria, a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros de la OMC, de acuerdo con el principio de apertura descrito en la Decisión del Comité OTC. Por lo tanto, el grupo especial llegó a la conclusión de que el APICD puede considerarse una “organización internacional con actividades de normalización” según la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI.¹⁸³ Como veremos, el Órgano de Apelación discrepó respecto a la apertura del APICD, y por lo tanto no la consideró “organización internacional con actividades de normalización”.

El Grupo Especial también consideró que la definición y la certificación *APICD dolphin-safe* se ponen a disposición del público.¹⁸⁴ Además, la definición y la certificación de atún APICD *dolphin-safe* son “pertinentes” para la medida estadounidense.¹⁸⁵

Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que esa norma no era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos. El APICD sólo informaría a los interesados de que la expresión “*dolphin-safe*” en su contexto se refiere a atún capturado en asociación con delfines, en lances en los que no hay mortalidad ni heridas graves de esos animales. En la medida en que esto no permitiría que los consumidores fueran informados del hecho de que hubo persecución de delfines en el contexto de la captura del atún en cuestión ni de la existencia de posibles consecuencias no observadas de esos lances, la etiqueta APICD no abordaría algunos de los efectos perjudiciales para los delfines que los Estados Unidos habían identificado como parte de sus objetivos. Por lo tanto, la norma del APICD, aplicada por sí sola, no sería un medio eficaz ni apropiado para lograr el objetivo de los Estados Unidos de garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.¹⁸⁶ Además, la etiqueta APICD, aisladamente, no aborda los efectos perjudiciales no observados derivados de la caza y el cercamiento reiterado de delfines y del lance reiterado de redes de cerco sobre ellos. En la medida en que la norma del APICD se ocupa de los lances sobre delfines y no de otras técnicas de pesca que también pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, tampoco sería un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos en ese ámbito.¹⁸⁷ Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que México no había demostrado que la norma *dolphin-safe* del APICD sea un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país.¹⁸⁸

¹⁸¹ *Ibid*, párrafo 7.684.

¹⁸² *Ibid*, párrafo 7.687.

¹⁸³ *Ibid*, párrafos 7.691-7.692.

¹⁸⁴ *Ibid*, párrafo 7.695.

¹⁸⁵ *Ibid*, párrafo 7.702.

¹⁸⁶ *Ibid*, párrafos 7.729-7.731.

¹⁸⁷ *Ibid*, párrafos 7.738-7.739.

¹⁸⁸ *Ibid*, párrafo 7.740.

B. El sentido de la expresión "norma internacional" para el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos - Atún II (México)

Los Estados Unidos apelaron algunas de las constataciones del Grupo Especial respecto al artículo 2.4. De acuerdo al Órgano de Apelación, los alegatos estadounidenses le obligaron a decidir qué constituye una "norma internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC*.

Esta cuestión es importante porque, “en virtud del párrafo 4 del artículo 2, si se constata que una norma constituye una "norma internacional pertinente", los Miembros de la OMC deben utilizar esa norma, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esa norma sea un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por el Miembro de que se trate. Además, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, se presume, a reserva de impugnación, que los reglamentos técnicos que estén en conformidad con las normas internacionales pertinentes no crean obstáculos innecesarios al comercio internacional”.¹⁸⁹

a. ¿Qué es una norma internacional?

El Órgano de Apelación señaló que el *Acuerdo OTC* establece las características de una *norma* y de una *institución internacional*. Sin embargo, dijo, en el Anexo 1 del *Acuerdo OTC* no se define la expresión compuesta "norma internacional". El Órgano de Apelación reconoció que “la expresión "norma internacional" se define en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 como una "[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización y puesta a disposición del público”.¹⁹⁰ Esta definición parece indicar que son primordialmente las características de la entidad que aprueba una norma las que le dan a la norma su carácter "internacional". En cambio, el objeto de una norma no parecería tener importancia para determinar si la norma es "internacional".”¹⁹¹

No obstante, el Órgano de Apelación recordó que “la cláusula introductoria del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* también dispone que: “[s]in embargo, a los efectos del presente Acuerdo serán de aplicación las definiciones siguientes”. [...] Por consiguiente, los grupos especiales deben examinar minuciosamente en qué medida las definiciones del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* se apartan de las definiciones de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991.”

b. ¿Qué tipo de entidad “aprueba” una norma internacional?

La respuesta es sencilla: una institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros. La lógica jurídica de esta respuesta se presenta a continuación.

¹⁸⁹ *Ibid*, párrafo 348.

¹⁹⁰ Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, párrafo 3.2.1. Véase también el Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.663.

¹⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 351.

Puesto que las definiciones del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* prevalecen sobre las definiciones que figuran en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, el Órgano de Apelación constató que “para constituir una "norma internacional", una norma tiene que ser adoptadas [sic] por una "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*.”¹⁹² De acuerdo al Órgano de Apelación, estas “normas "internacionales" son adoptadas por "instituciones" que pueden ser "organizaciones" o un "organismo" ("body").”¹⁹³ La diferencia entre estos dos conceptos es que toda organización es un organismo, pero no todo organismo es una organización.

Como tarea pendiente dejamos la siguiente cuestión. En inglés, tanto la voz "instituciones" como "organizaciones" se dicen "body". En español no. ¿Esto podría ocasionar un conflicto interpretativo?

c. ¿Quién debe “reconocer” a la norma internacional?

Pasemos ahora a otro tema, el del reconocimiento. Nos parece que este concepto es de importancia máxima. Tanto la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, como el párrafo 2 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* hablan de éste, de diferentes maneras. El Órgano de Apelación concluyó que:

“A nuestro juicio, la definición de "organismo con actividades de normalización" que figura en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 no está en contradicción con la definición del *Acuerdo OTC*. Por el contrario, la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 amplía y complementa la definición del *Acuerdo OTC*, y especifica que un organismo debe ser "reconocido" con respecto a sus actividades en el ámbito de la normalización.”¹⁹⁴

El Órgano de Apelación continuó diciendo que la definición de "institución internacional con actividades de normalización" prevé que las actividades de una institución en el ámbito de la normalización deben ser "reconocidas". Después de revisar las definiciones del término "*recognize*" (reconocer) en el diccionario, el Órgano de Apelación concluyó que estas “definiciones abarcan un ámbito que va desde un fin fáctico (reconocimiento de la existencia de algo) hasta un fin normativo (reconocimiento de la validez o legalidad de algo). Al interpretar la expresión "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización", señaló el Órgano de Apelación, tendremos presente por tanto los aspectos fáctico y normativo del concepto de "reconocimiento”.”

El Órgano de Apelación consideró, por tanto, que un elemento necesario de la definición de una norma "internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC* es la aprobación de la norma por una "institución internacional con actividades de normalización", es decir, una institución que tenga actividades reconocidas en el ámbito de la normalización y esté abierta a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros.¹⁹⁵ A juicio del Órgano de Apelación los distintos elementos de esta definición se informan

¹⁹² *Ibid*, párrafo 356.

¹⁹³ *Ibid*, párrafos 355 y 356.

¹⁹⁴ *Ibid*, párrafo 357.

¹⁹⁵ El Órgano de Apelación indicó que no examinó otras condiciones de procedimiento que puedan ser aplicables para que una norma sea "internacional" en el sentido del *Acuerdo OTC*.

recíprocamente. La interpretación de la expresión "institución internacional con actividades de normalización" es por lo tanto un proceso holístico en el que los elementos que integran la definición se deben examinar conjuntamente.¹⁹⁶

Los *Estados Unidos* alegaron que el Acuerdo APICD solo había elaborado una norma, y por lo tanto no entraba en la definición del *Acuerdo OTC*. Sin embargo, de acuerdo al Órgano de Apelación, la utilización del plural "actividades" no significa necesariamente que una institución participe, o haya participado, en la elaboración de más de una norma. A juicio del Órgano de Apelación, una institución simplemente tiene que estar "activa" en el ámbito de la normalización para que tenga "actividades en el ámbito de la normalización".¹⁹⁷

El Órgano de Apelación también aclaró, con base en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, que "por inferencia, un "organismo con actividades de normalización", es decir, un organismo que tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización", no tiene que tener la normalización como su función principal, ni siquiera como una de sus funciones principales.^{198,199}

Con respecto a la cuestión de quién tiene que reconocer las actividades de un organismo en el ámbito de la normalización, el Órgano de Apelación observó que el párrafo 6 del artículo 2, el párrafo 2 del artículo 11 y el párrafo 6 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* prevén que los "Miembros" participen en actividades internacionales de normalización. A su vez, el párrafo 5 del artículo 12, el párrafo G del Anexo 3 y el párrafo 4 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* prevén la participación de las "instituciones competentes" o de las "instituciones con actividades de normalización" de los Miembros en la elaboración de las normas internacionales.²⁰⁰

En cuanto a la composición de la institución, el Órgano de Apelación revisó la definición respectiva y llegó a la conclusión de que "una institución será abierta si la adhesión a la misma no está restringida. No será abierta si la adhesión se limita *a priori* sólo a las instituciones competentes de algunos Miembros de la OMC".²⁰¹ Esta constatación del Órgano de Apelación será la base para resolver el estatus de la norma del Acuerdo APICD, lo cual veremos unos párrafos más adelante.

¹⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 359.

¹⁹⁷ *Ibid*, párrafo 360.

¹⁹⁸ Recordamos que la definición de "organismo de normalización" de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 va acompañada de una nota que precisa que "un organismo de normalización puede tener también otras funciones principales". (Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, párrafo 4.4.) [nota al pie original]

¹⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 362.

²⁰⁰ "Además, el párrafo 1.4 del artículo 10 del *Acuerdo OTC* se refiere a "la condición de integrante o participante del Miembro, o de las instituciones del gobierno central o las instituciones públicas locales competentes dentro de su territorio, en instituciones internacionales y regionales con actividades de normalización". Nota al pie original.

²⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 364.

d. La Decisión del Comité OTC: ¿cuál es su valor jurídico?

La Decisión del Comité OTC relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales (Decisión del Comité OTC), es un documento en el cual se establecen los principios y procedimientos que las instituciones con actividades de normalización deben observar al elaborar normas internacionales. ¿Cuál es la fuerza jurídica de este documento y cómo debe ser usada esta decisión?

El primer acercamiento a esta cuestión lo hizo el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Sardinias*. Sin embargo, el Órgano de Apelación no analizó este punto. Recientemente, el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* retomó el análisis. Posteriormente, el Órgano de Apelación sí tuvo oportunidad también de pronunciarse al respecto.

Comenzamos citando lo dicho por el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*:

“Por último, tomamos nota de que ambas partes han hecho referencia a la Decisión del Comité OTC *relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales*, en la cual se establecen los principios y procedimientos que las instituciones con actividades de normalización deben observar al elaborar normas internacionales. Consideramos apropiado tener en cuenta los principios plasmados en esa Decisión cuando pueden facilitar nuestra comprensión de determinados aspectos de las definiciones que recoge la Guía de la ISO/CEI, como, por ejemplo, las expresiones "organización internacional con actividades normativas/de normalización" y "puesta a disposición del público", que figuran en la definición de "norma internacional". Sin embargo, observamos que el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Sardinias*, en una declaración que no fue tratada por el Órgano de Apelación, señaló que la Decisión del Comité OTC "es una declaración política de preferencia, y no una disposición válida para interpretar la expresión 'norma internacional pertinente' que figura en el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC".²⁰²”

El Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)* revisó estas constataciones, y produjo su propio examen para analizar “la relación e importancia de la Decisión del Comité OTC”.²⁰³

El Órgano de Apelación comenzó diciendo que en ella se establecen los principios y procedimientos que las instituciones con actividades de normalización deben observar al elaborar normas internacionales.²⁰⁴

²⁰² Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.91.

²⁰³ “Decisión del Comité relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al Anexo 3 del Acuerdo, que figura en el documento G/TBT/1/Rev.10 de la OMC, Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995, 9 de junio de 2011, páginas 50-53. Este documento es una versión revisada del documento G/TBT/1/Rev.9. El texto de la Decisión es idéntico en ambos documentos. (Véase también el Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.665.)” Nota al pie original.

²⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 366.

El examen del Órgano de Apelación respecto a la Decisión del Comité OTC es importante para quienes estén especializados en este tema, ya que el Órgano de Apelación intentó responder la pregunta de con qué fundamento podía tener en cuenta la Decisión del Comité OTC en la interpretación y aplicación del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y llegó a la conclusión de que la Decisión es un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. No obstante, el Órgano de Apelación matizó su constatación al añadir que la medida en que esta Decisión informará la interpretación y aplicación de un término o una disposición del *Acuerdo OTC* en un caso concreto dependerá del grado en que "concretamente guarda [] relación"²⁰⁵ con la interpretación y aplicación del término o disposición de que se trate. En la presente diferencia, el Órgano de Apelación consideró que la Decisión del Comité OTC guarda relación directamente con la interpretación del término "abierto" del párrafo 4 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* y con la interpretación y aplicación del concepto de "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización".²⁰⁶

Después de consultar el texto de la Decisión del Comité OTC el Órgano de Apelación concluyó que para que una institución con actividades de normalización sea considerada "internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC* no basta que la institución esté abierta, o lo haya estado, en un determinado momento. Por el contrario, la institución debe estar abierta "en las diferentes fases del procedimiento de elaboración de normas".

Por otra parte, el Órgano de Apelación dijo que la Decisión del Comité OTC aclara que una institución con actividades de normalización debe estar abierta "sobre una base no discriminatoria". Por consiguiente, las disposiciones sobre la adhesión que perjudiquen *de jure* o *de facto* a las instituciones competentes de algunos Miembros en comparación con las de otros tenderían a indicar que una institución no es una institución internacional con actividades de normalización a los efectos del *Acuerdo OTC*.²⁰⁷

e. La "apertura" de una organización internacional con actividades de normalización

Como dijimos anteriormente, en relación con la composición de la institución, el Órgano de Apelación revisó la definición respectiva y llegó a la conclusión de que "una institución será abierta si la adhesión a la misma no está restringida. No será abierta si la adhesión se limita *a priori* sólo a las instituciones competentes de algunos Miembros de la OMC".²⁰⁸

En el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, debido a que la membresía del Acuerdo APICD no está abierta a organizaciones no gubernamentales (como por ejemplo,

²⁰⁵ "Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 265 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)/CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 390)." Nota al pie original.

²⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 371 y 372.

²⁰⁷ *Ibid*, párrafo 375.

²⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 364.

organizaciones que apoyan los derechos de los consumidores o el medio ambiente), así como debido al hecho de que la membresía requería una invitación de todos los miembros del Acuerdo APICD, es decir, a que no existía una invitación automática para los solicitantes, el Órgano de Apelación concluyó que “el Grupo Especial incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.693 de su informe, que el APICD está "abierto a la institución competente de cada país y, en consecuencia, es una organización internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*. En cambio, el Órgano de Apelación constató que el Acuerdo APICD no está abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros y, en consecuencia, no es una "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*.²⁰⁹ De ello se deduce, según palabras del Órgano de Apelación, que el Grupo Especial incurrió también en error al constatar, en el párrafo 7.707 de su informe, que "la definición y la certificación APICD *dolphin-safe*" constituyen una "norma internacional pertinente" en el sentido del *Acuerdo OTC*".²¹⁰ Por lo tanto, el Órgano de Apelación dijo:

“A la luz de lo que antecede, *revocamos* la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.693 de su informe, según la cual el APICD está "abierto a la institución competente de cada país y, en consecuencia, es una organización internacional con actividades de normalización" a los efectos del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. También *revocamos* la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.707 de su informe, según la cual "la definición y la certificación APICD *dolphin-safe*" constituyen una "norma internacional pertinente" en el sentido del *Acuerdo OTC*. Teniendo eso en cuenta, se mantiene la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.1 c) de su informe, según la cual la medida en litigio no es incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.”²¹¹

6. Consenso

Como sabemos, la regla general es que las decisiones jurídicamente vinculantes para los miembros de la OMC deben de ser adoptadas por consenso. Sin embargo, existen varias excepciones, y una de ellas se da cuando se trata de normas internacionales relacionadas con el *Acuerdo OTC*. En estos casos, no se requiere consenso para que una norma adoptada por la comunidad internacional de normalización sea una “norma internacional pertinente”.

Lo anterior se debe a que las dos últimas frases de la nota explicativa contenida en la definición del término “norma” del párrafo 2 del anexo 1 del *Acuerdo OTC* establecen claramente lo siguiente:

“Las normas elaboradas por la comunidad internacional de normalización se basan en el consenso. El presente Acuerdo abarca asimismo documentos que no están basados en un consenso.”

²⁰⁹ “Al haber constatado que el APICD no es "internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC*, no es necesario que abordemos la cuestión de si el APICD es una "institución" y tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*.” Nota al pie original en el Informe del Órgano de Apelación.

²¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 399.

²¹¹ *Ibid*, párrafo 401.

El Órgano de Apelación ha confirmado esta lectura interpretativa, señalando que “esta disposición confirma que una norma internacional, aunque no se haya adoptado por consenso, puede constituir una norma internacional pertinente”.²¹² No obstante, también ha hecho énfasis en que esta conclusión es relevante sólo para los propósitos del *Acuerdo OTC*, es decir, que esta interpretación no pretende afectar en ninguna manera los requisitos internos que una organización u organismo internacional de normalización puede establecer internamente dentro de sus operaciones respectivas. En otras palabras, el Órgano de Apelación clarificó su posición estableciendo que a su parecer, el hecho de que el *Acuerdo OTC* no requiere la aprobación por consenso de normas adoptadas por la comunidad internacional para la normalización, no significa que el Órgano de Apelación requiera que un organismo internacional para la normalización no debería requerir consenso para la adopción de sus normas. Este tipo de cuestiones, añadió, no deben de ser decididas por el Órgano de Apelación porque no son de su incumbencia.²¹³

7. “Pertinentes”

En el caso *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación reconoció que el sentido corriente del término “pertinente” es “teniendo en cuenta o relacionados con el asunto en cuestión; relevante”.²¹⁴ El Órgano de Apelación aceptó que para que la norma internacional en disputa fuera pertinente, en ese caso la norma Codex Stan 94, tendría que referirse, o ser relevante al Reglamento de la Unión Europea²¹⁵.²¹⁶ El Órgano de Apelación admitió la interpretación del Grupo Especial, el cual señaló lo siguiente sobre esa norma:

“El título de Codex Stan 94 es “Norma de la Comisión del Codex Alimentarius para las sardinias y productos análogos en conserva”, y el Reglamento de las CE establece normas comunes de comercialización para las conservas de sardinias. Las Comunidades Europeas han indicado en su respuesta que las expresiones “sardinias en conserva” y “conservas de sardinias” son esencialmente idénticas. *Por lo tanto, es evidente que tanto el Reglamento de las CE como Codex Stan 94 tratan del mismo producto: las conservas de sardinias.* El ámbito de aplicación de Codex Stan 94 abarca diversas especies de peces, entre ellas la *Sardina pilchardus*, que están comprendidas en el Reglamento de las CE, e incluye en particular disposiciones sobre la presentación (párrafo 3 del artículo 2), el medio de envasado (párrafo 2 del artículo 3), el etiquetado, con el requisito de que el nombre del medio de envasado forme parte del nombre del alimento (artículo 6), la determinación del peso neto (párrafo 3 del artículo 7), las materias extrañas (párrafo 1 del artículo 8) y el olor y sabor (párrafo 2 del artículo 8). El Reglamento de las CE contiene estas mismas disposiciones que Codex Stan 94, incluyendo la parte referente a las prescripciones sobre etiquetado.”²¹⁷

Otros dos ejemplos sobre el análisis de la pertinencia de una norma internacional los encontramos en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* y en *Estados Unidos - EPO*, respectivamente.

²¹² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 222-223.

²¹³ *Ibid*, párrafos 227.

²¹⁴ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.68, citando al *Webster's New World Dictionary* (William Collins & World Publishing Co., Inc. 1976), p. 1199.

²¹⁵ En ese momento, llamada Comunidades Europeas.

²¹⁶ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.68.

²¹⁷ [G/TBT/1/Rev.10](#), p. 29.

El Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)* llegó a la conclusión de que la definición y certificación de *dolphin - safe* del APICD (Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines) constituye una "norma internacional pertinente" en el sentido del artículo 2.4, para los efectos de las disposiciones del etiquetado *dolphin - safe* de Estados Unidos²¹⁸. Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que esa norma no era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos.²¹⁹

El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en la conclusión, pero no estuvo de acuerdo con sus conclusiones intermedias, incluida la "pertinencia" de la norma APICD. Su argumento fue expuesto de la siguiente forma: debido a que la membresía del Acuerdo APICD no está abierta a organizaciones no gubernamentales (como por ejemplo, organizaciones que apoyan los derechos de los consumidores o el medio ambiente), así como debido al hecho de que la membresía requería una invitación de todos los miembros de Acuerdo APICD, es decir, a que no existía una invitación automática para los solicitantes, el Órgano de Apelación concluyó que "el Grupo Especial incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.693 de su informe, que el APICD está "abierto a la institución competente de cada país y, en consecuencia, es una organización internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*. En cambio, el Órgano de Apelación constató que el Acuerdo APICD no está abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros y, en consecuencia, no es una "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*.²²⁰ De ello se deduce, según palabras del Órgano de Apelación, que el Grupo Especial incurrió también en error al constatar, en el párrafo 7.707 de su informe, que "la definición y la certificación APICD *dolphin - safe*" constituyen una "norma internacional pertinente" en el sentido del *Acuerdo OTC*".²²¹ Finalmente, el Órgano de Apelación aunque revocó y modificó las anteriores constataciones del Grupo Especial, aceptó y coincidió con éste en la conclusión final, es decir, que la medida en litigio no es incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

En *Estados Unidos - EPO*, el Grupo Especial utilizó una economía procesal que no fue revisada por el Órgano de Apelación. En esa diferencia comercial, el Grupo Especial tenía que pronunciarse respecto a sí la norma internacional CODEX-STAN 1-1985 era

²¹⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.698-7.707.

²¹⁹ Esto debido a que según el Grupo Especial, el APICD sólo informaría a los interesados de que la expresión "*dolphin safe*" en su contexto se refiere a atún capturado en asociación con delfines, en lances en los que no hay mortalidad ni heridas graves de esos animales. En la medida en que esto no permitiría que los consumidores fueran informados del hecho de que hubo persecución de delfines en el contexto de la captura del atún en cuestión ni de la existencia de posibles consecuencias no observadas de esos lances, la etiqueta APICD no abordaría algunos de los efectos perjudiciales para los delfines que los Estados Unidos habían identificado como parte de sus objetivos.

²²⁰ "Al haber constatado que el APICD no es "internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC*, no es necesario que abordemos la cuestión de si el APICD es una "institución" y tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*." Nota al pie original en el Informe del Órgano de Apelación.

²²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 399.

“pertinente” y también si era “un medio eficaz o apropiado” para el logro del objetivo legítimo de los Estados Unidos.

Los Estados Unidos y México discreparon respecto a si la Norma CODEX-STAN 1-1985 es una “norma internacional pertinente” en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El Grupo Especial dijo que “con el fin de aumentar la simplicidad y eficiencia” en nuestra adopción de decisiones en el presente caso²²², realizaremos este análisis dando por sentado que la Norma CODEX-STAN 1-1985 es una norma internacional pertinente en el sentido del párrafo 4 del artículo 2.”²²³

Así las cosas, el Grupo Especial procedió a analizar si la norma CODEX-STAN 1-1985 era un “medio eficaz o apropiado” para el logro del objetivo legítimo de los Estados Unidos. Este análisis corresponde al tercer requisito del test impuesto por el artículo 2.4, por lo que abordaremos esta cuestión unas páginas más adelante.

8. Segundo requisito: la cuestión de si la norma internacional ha sido utilizada como base del reglamento técnico

A. “utilizarán”

“El Grupo Especial señaló, para el caso *CE - Sardinias*, que el artículo 2.4 establece que los Miembros “shall use” (“utilizarán”) estándares internacionales “como base del” reglamento técnico. El Grupo Especial sostuvo que el uso de la palabra “shall” denota un requerimiento que es obligatorio por naturaleza y que va más allá de un mero estímulo”.²²⁴

B. “como base del”

Empezamos este apartado arrojando algunas preguntas interesantes: ¿Cuál es la magnitud con la que se debe utilizar una norma internacional pertinente “como base del” reglamento técnico? ¿Es suficiente una “relación racional” entre ambos elementos? ¿O, más aún, es necesario utilizar la norma internacional pertinente como “componente principal o principio fundamental” del reglamento técnico? ¿Puede un gobierno utilizar los “cimientos” de una norma internacional para promulgar un reglamento técnico, y al mismo tiempo no estar usando a la norma internacional “como base del” reglamento técnico?

²²² Nota al pie original número 955 en el párrafo 7.729: “En *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, el Órgano de Apelación dio orientación sobre el uso de suposiciones por los grupos especiales en la forma siguiente: “Observamos que el recurso a una suposición a efectos de argumentación es una técnica jurídica que puede utilizar la autoridad encargada de resolver un asunto con el fin de aumentar la simplicidad y eficiencia en la adopción de sus decisiones. Aunque los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden optar por emplear esta técnica en circunstancias especiales, posiblemente ésta no ofrezca una base sólida para sustentar conclusiones jurídicas. El empleo de esta técnica puede dificultar una enunciación clara de las normas pertinentes de la OMC y crear problemas de implementación. El recurso a esta técnica también puede ser problemático para determinados tipos de cuestiones jurídicas, por ejemplo las que se refieren a la jurisdicción de un grupo especial o a cuestiones preliminares de las que depende el fondo de un análisis ulterior.” (Informe del Órgano de Apelación, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 213.)”

²²³ *Ibid*, párrafo 7.728.

²²⁴ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.110.

Estas preguntas las responderemos a continuación con jurisprudencia del Grupo Especial y el Órgano de Apelación.

“En el asunto *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que una norma internacional se utiliza "como base del" reglamento técnico ", cuando se utiliza como componente principal o principio fundamental con el fin de promulgar el reglamento técnico"²²⁵. El Órgano de Apelación citó algunas definiciones del término "base", y concluyó que:”

“Destacamos en estas diversas definiciones las expresiones análogas "componente principal", "principio fundamental", "principal componente" y "principio determinante", todas las cuales acreditan la conclusión de que debe existir una vinculación muy firme y muy estrecha entre dos cosas para que pueda decirse que una constituye "la base de" la otra.”²²⁶

“El Órgano de Apelación en su análisis de la expresión "como base de", en el asunto *CE - Sardinias*, consideró, que su aproximación a la interpretación de la expresión "basada" en el contexto del Artículo 3.1 del Acuerdo MSF son pertinentes para la interpretación del artículo 2.4.²²⁷ Sin embargo, no consideró necesario decidir, en este caso, si la expresión "como base", en el marco del Artículo 2.4 del *Acuerdo OTC*, tiene el mismo significado que el término "basado en ", en el contexto del artículo 3.1 del Acuerdo MSF.²²⁸”

“En el caso *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación rechazó el argumento de las Comunidades Europeas acerca de que "una relación racional" entre la norma internacional y un reglamento técnico es suficiente para concluir que la primera se utilizó "como base del" último:”

“ [N]o advertimos en el texto del párrafo 4 del artículo 2 ningún elemento que apoye el punto de vista de las Comunidades Europeas, ni éstas han señalado ningún apoyo de esa clase. Además, las Comunidades Europeas no presentan ningún argumento relativo al contexto ni al objeto y fin de esa disposición que pueda dar respaldo a su argumento según el cual la existencia de una "relación racional" constituye el criterio adecuado para determinar si una cosa se ha utilizado "como base" de alguna otra.”²²⁹

No vemos ninguna necesidad de definir aquí con carácter general la naturaleza de la relación que debe existir para que una norma internacional sirva "como base de" un reglamento técnico. Sólo necesitamos examinar aquí esta medida para determinar si cumple o no esa obligación. A nuestro juicio, cabe afirmar sin duda -como mínimo- que una cosa no puede considerarse la "base" de otra si las dos son *contradictorias*. Por lo tanto, con arreglo al párrafo 4 del artículo 2, si el reglamento técnico y la norma internacional *se contradicen*, no puede llegarse correctamente a la conclusión de que la norma internacional ha sido utilizada "como base del" reglamento técnico.”²³⁰

²²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 240-245.

²²⁶ *Ibid*, párrafo 245.

²²⁷ *Ibid*, párrafo 242.

²²⁸ *Ibid*, nota al pie 169.

²²⁹ *Ibid*, párrafo 247.

²³⁰ *Ibid*, párrafo 248.

“Con respecto al requisito establecido en el artículo 2.4 acerca de que los Miembros usen las normas internacionales “o las partes pertinentes de las mismas” como base de sus reglamentos técnicos, el Órgano de Apelación, en el asunto *CE - Sardinias*, observó:”

“A nuestro juicio, la frase "*sus elementos pertinentes*" define en qué procede centrar el análisis encaminado a determinar si se ha utilizado una norma internacional pertinente "como base de" un reglamento técnico. En otras palabras, el examen debe limitarse a aquellos elementos de los reglamentos internacionales pertinentes que se relacionan con la materia de las prescripciones o requisitos impugnados. Además, el examen debe ser suficientemente amplio para tratar *todos* los elementos pertinentes: no está permitido que el Miembro que dicta el reglamento escoja únicamente *algunos* de los "elementos pertinentes" de una norma internacional. Si un "elemento" es "pertinente", debe ser uno de los elementos que sirven de "base del" reglamento técnico.”²³¹

9. Tercer requisito: la cuestión de si la norma internacional es un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, habida cuenta de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales

A. “medio ineficaz o inapropiado” para el cumplimiento de los “objetivos legítimos”

a. “medio ineficaz o inapropiado”

El Órgano de Apelación en el asunto *CE - Sardinias*, señaló que los términos "ineficaz" e "inapropiado" tienen significados diferentes, y "que es conceptualmente posible que una medida pueda ser eficaz pero inapropiada, o apropiado, pero ineficaz.”²³² El Órgano de Apelación confirmó la interpretación del Grupo Especial de la interpretación de los términos "medio ineficaz o inapropiado". Así, ambos señalaron que el término "ineficaz" se refiere a algo que no tiene la función de llevar a cabo o no tiene un resultado. Por su parte, el término “inapropiado” se refiere a algo que no es especialmente idóneo o adecuado, o que no es 'correcto. A mayor abundamiento, citamos lo dicho por el Grupo Especial a continuación:

“En consecuencia, en el contexto del párrafo 4 del artículo 2 un medio ineficaz significa un medio que no cumple la función necesaria para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, mientras que un medio es inapropiado cuando no es especialmente idóneo para el logro de ese objetivo. Un medio inapropiado no es necesariamente un medio ineficaz, y viceversa. Es decir: un medio inapropiado, aunque tal vez no sea *especialmente idóneo* para el logro del objetivo legítimo, puede sin embargo ser *eficaz* para alcanzar ese objetivo a pesar de su falta de "idoneidad". A la inversa, cuando una norma internacional pertinente se considera un medio ineficaz, de ello no se desprende automáticamente que también es un medio inapropiado. La cuestión de la eficacia se refiere a los *resultados* de los

²³¹ *Ibid*, párrafo 250.

²³² *Ibid*, párrafo 93.

medios utilizados, mientras que el carácter de apropiado atañe más bien a la *naturaleza* de esos medios.”²³³

En *Estados Unidos - EPO*, el Grupo Especial analizó la reclamación de México que sostenía que la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 porque los Estados Unidos no basaron su reglamentación en la Norma general para el etiquetado de los alimentos preenvasados ("CODEX-STAN 1-1985"), una norma internacional que, según México, *es un medio eficaz y apropiado para alcanzar el objetivo legítimo* perseguido por los Estados Unidos.²³⁴ El Grupo Especial reconoció que de acuerdo al caso *CE - Sardinas*, la carga de la prueba respecto al análisis de la disposición en comento, recae en México.

El Grupo Especial concluyó que debido a que el objetivo de los Estados Unidos es el de proporcionar a los consumidores información sobre los países en los que un animal ha nacido, se ha criado y ha sido sacrificado, pudiendo haber la posibilidad de que se declaren varios países de origen, entonces, de acuerdo al Grupo Especial, la Norma CODEX-STAN 1-1985 al sólo permitir la declaración de un solo país de origen, no es un medio apropiado para alcanzar el objetivo de los Estados Unidos. En palabras del Grupo Especial:

“A nuestro juicio, la Norma CODEX-STAN 1-1985 no tiene la función de alcanzar el objetivo de proporcionar a los consumidores información sobre los países en los que un animal ha nacido, se ha criado y ha sido sacrificado, o la capacidad para hacerlo. Ello se debe a que la Norma confiere origen exclusivamente al país en el que ha tenido lugar la elaboración del producto alimenticio. En otras palabras, se basa en el principio de la transformación sustancial. Esto significa que sólo un país puede reclamar origen con arreglo a la Norma CODEX-STAN 1-1985; incluso cuando un animal hubiera nacido y se hubiera criado en un tercer país, y después hubiera sido sacrificado en los Estados Unidos, el origen sería exclusivamente de los Estados Unidos. Así pues, la Norma CODEX STAN 1-1985 no puede transmitir la información exacta que los Estados Unidos quieren proporcionar a los consumidores. Por las mismas razones, constatamos que *la Norma CODEX-STAN 1-1985 es un medio inapropiado para el logro de ese objetivo, ya que no es especialmente adecuada para proporcionar ese tipo de información al consumidor.*”²³⁵ [énfasis añadido]

Otro ejemplo sobre este punto lo encontramos en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, en el que el Grupo Especial recordó la orientación del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Sardinas* y declaró que:

“De acuerdo con las aclaraciones facilitadas por el Órgano de Apelación arriba descritas, consideramos que la norma del APICD sería eficaz si fuese capaz de lograr los dos objetivos legítimos definidos por los Estados Unidos, y sería apropiada si fuera adecuada para lograrlos.²³⁶ Además, como señalaron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación, en la medida en que los términos "ineficaz" e "inapropiado" tienen sentidos diferentes y en que es conceptualmente posible que una medida sea eficaz pero inapropiada, corresponde a México la carga de demostrar que la norma del APICD es eficaz y apropiada.”²³⁷ Por lo tanto, México está obligado a aducir

²³³ *Ibid*, párrafo 261.

²³⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.722.

²³⁵ *Ibid*, párrafo 7.734.

²³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 288.

²³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 289, donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.116.

pruebas suficientes de que la norma del APICD cumple las prescripciones jurídicas de eficacia y carácter apropiado previstas en el párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.”²³⁸

En este caso, el Grupo Especial concluyó que la norma del APICD no era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos. El APICD sólo informaría a los interesados de que la expresión “*dolphin safe*” en su contexto se refiere a atún capturado en asociación con delfines, en lances en los que no hay mortalidad ni heridas graves de esos animales. En la medida en que esto no permitiría que los consumidores fueran informados del hecho de que hubo persecución de delfines en el contexto de la captura del atún en cuestión ni de la existencia de posibles consecuencias no observadas de esos lances, la etiqueta APICD no abordaría algunos de los efectos perjudiciales para los delfines que los Estados Unidos habían identificado como parte de sus objetivos. Por lo tanto, la norma del APICD, aplicada por sí sola, no sería un medio eficaz ni apropiado para lograr el objetivo de los Estados Unidos de garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.²³⁹ Además, la etiqueta APICD, aisladamente, no aborda los efectos perjudiciales no observados derivados de la caza y el cercamiento reiterados de delfines y del lance reiterado de redes de cerco sobre ellos. En la medida en que la norma del APICD se ocupa de los lances sobre delfines y no de otras técnicas de pesca que también pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, tampoco sería un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos en ese ámbito.²⁴⁰ Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que México no había demostrado que la norma *dolphin safe* del APICD sea un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país.²⁴¹

b. “objetivos legítimos perseguidos”

En el diferendo comercial *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación concordó con la interpretación del Grupo Especial sobre el significado de la frase “objetivos legítimos perseguidos”. El Grupo Especial señaló que el contexto del artículo 2.4 es el artículo 2.2. También hizo notar que ambos artículos leídos en conjunto proporcionan una lista ejemplificativa, es decir, abierta, de objetivos considerados “legítimos”.²⁴²

Asimismo, el Grupo Especial indicó que el artículo 2.4 del *Acuerdo OTC* exige un examen y una determinación de si los objetivos de la medida en litigio son “legítimos”.²⁴³ El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial al concluir que “los objetivos legítimos ” a los que se refiere el artículo 2.4 deberán interpretarse en el contexto del Artículo 2.2”²⁴⁴, que se refiere también a “objetivos legítimos”, e incluye una descripción de lo que naturalmente algunos de esos objetivos pueden ser:

²³⁸ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.725.

²³⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.729-7.731.

²⁴⁰ *Ibid*, párrafos 7.738-7.739.

²⁴¹ *Ibid*, párrafo 7.740.

²⁴² Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.118.

²⁴³ *Ibid*, párrafo 7.122.

²⁴⁴ *Ibid*, párrafo 7.118.

“De la interpretación del Grupo Especial surgen dos consecuencias. En primer lugar, la expresión "objetivos legítimos", del párrafo 4 del artículo 2, como estableció el Grupo Especial en su conclusión, debe abarcar los objetivos mencionados expresamente en el párrafo 2 del mismo artículo, a saber: "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". En segundo lugar, teniendo en cuenta el empleo de la expresión "entre otros" en el párrafo 2 del artículo 2, los objetivos que abarca la expresión "objetivos legítimos" del párrafo 4 del mismo artículo se extienden más allá de la lista de los específicamente mencionados en el párrafo 2. Por otra parte, compartimos la opinión del Grupo Especial de que la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2 implica que se debe examinar y determinar la legitimidad de los objetivos de la medida.^{245,246}

A continuación, a manera ilustrativa hacemos un recuento de los objetivos legítimos que han sido declarados y aceptados como tales en la casuística de la OMC. Sin embargo, para conocer a mayor profundidad cuestiones relativas a los criterios jurídicos utilizados en el análisis del objetivo legítimo, invitamos al lector a dirigir su atención al apartado respectivo del artículo 2.2 de este trabajo.

En *Estados Unidos - EPO*, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial y aceptó que el objetivo legítimo perseguido por los Estados Unidos mediante la medida sobre el EPO era proporcionar a los consumidores información sobre el origen.²⁴⁷

En el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Grupo Especial constató que la medida estadounidense persigue los siguientes objetivos: i) "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines"; y ii) "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines".²⁴⁸ El Grupo Especial aceptó que esos objetivos eran legítimos en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁴⁹ El Órgano de Apelación aceptó estas constataciones.

El Grupo Especial en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* afirmó que el objetivo legítimo del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.²⁵⁰ Esto no fue apelado por las partes.

XI. Derecho de petición y de suministro de información (artículo 2.5)

El texto del artículo 2.5 establece lo siguiente:

“Todo Miembro que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que pueda tener un efecto

²⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 7.122.

²⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 286.

²⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, 391.

²⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.401.

²⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 242.

²⁵⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 215-226.

significativo en el comercio de otros Miembros explicará, a petición de otro Miembro, la justificación del mismo a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo. Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional.”

Como podemos percatarnos, el artículo 2.5 establece un derecho de petición para los Miembros de la OMC. De la lectura de este artículo, también se infiere que este quinto párrafo forma parte del contexto de los párrafos 2 a 4 del mismo artículo 2. La jurisprudencia relacionada con este artículo 2.5 es escasa, pero como veremos a continuación, confirma lo anterior.

1. *Derecho de petición / obligación de suministro de información*

Efectivamente, existe una obligación de suministro de información por parte del Miembro que emite un reglamento técnico. Esto fue señalado por el Órgano de Apelación en el caso *CE - Sardinias*. (102) Aunque en este caso no se habló del derecho de petición de los miembros de la OMC, es lógico inferir de la lectura del artículo 2.5 que esta obligación de suministro de información tiene que ser excitada o activada a través de la petición de un miembro de la OMC. Es por esta razón que afirmamos que la contracara de la mencionada obligación es justamente el derecho de petición al que aludimos.

Es importante mencionar que este derecho de petición debe de ser expresado manifiestamente y sin lugar a equívocos. Por lo tanto, el miembro que esté ejerciendo este derecho deberá de identificar claramente que su solicitud de información se da de conformidad con la primera fracción del artículo 2.5 del *Acuerdo OTC*.

Lo anterior lo traemos a colación debido a que en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Grupo Especial rechazó la reclamación de Indonesia con base en el artículo 2.5 y concluyó que "Indonesia no hizo una solicitud de conformidad con la primera frase del artículo 2.5 del *Acuerdo OTC* a través de sus preguntas en el documento G/TBT/W/323".²⁵¹

2. *¿Contexto del artículo 2.5? El artículo 2.2, 2.3 y 2.4*

Como hemos mencionado anteriormente, el artículo 2.5 menciona expresamente en a los párrafos 2 a 4 del mismo artículo 2, convirtiéndolos así en parte de su contexto. Esto fue confirmado por el Grupo Especial²⁵² y el Órgano de Apelación en el caso *CE - Sardinias*. En este caso, el Órgano de Apelación aclaró además que el artículo 2.5 ofrece oportunidades adecuadas para el querellante para obtener información acerca de los objetivos de los reglamentos técnicos o las consideraciones específicas que pueden ser relevantes para la evaluación de su aptitud bajo el artículo 2.4.²⁵³

²⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.444-7.463.

²⁵² Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.75.

²⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 177.

XII. Armonización y reconocimiento mutuo (artículo 2.6 y 2.7)

En virtud del artículo 2.6 del *Acuerdo OTC*, con el fin de armonizar sus reglamentos técnicos en el mayor grado posible, los Miembros participarán plenamente, dentro de los límites de sus recursos, en la elaboración, por las instituciones internacionales competentes con actividades de normalización, de normas internacionales referentes a los productos para los que hayan adoptado, o prevean adoptar, reglamentos técnicos. Sin embargo, esta disposición no crea una obligación de armonizar los reglamentos técnicos.

En virtud del artículo 2.7 del *Acuerdo OTC*, los Miembros considerarán favorablemente la posibilidad de aceptar como equivalentes reglamentos técnicos de otros Miembros aun cuando difieran de los suyos, siempre que tengan la convicción de que esos reglamentos cumplen adecuadamente los objetivos de sus propios reglamentos. Mientras esta disposición no crea una obligación de reconocimiento mutuo, tampoco excluye la aplicación a los acuerdos de reconocimiento mutuo de la obligación del trato de la nación más favorecida del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*.

XIII. Elaboración y adopción de reglamentos técnicos (artículo 2.8)

En virtud del artículo 2.8, en todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros 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.

1. Objeto y fin

En el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Grupo Especial consideró que el objeto y fin del artículo 2.8 es evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio al demandar que los requisitos del producto se establezcan en términos "funcionales" en todos los casos en que sea procedente:

“[E]l objeto y fin del párrafo 8 del artículo 2 es evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio exigiendo que las prescripciones del producto se establezcan en términos funcionales en todos los casos en que sea procedente. Por ejemplo, una directiva de la ISO/CEI explica lo siguiente:

"En todos los casos en los que sea procedente, las prescripciones se expresarán 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. Este enfoque deja el máximo de libertad para el desarrollo técnico. Se deberán incluir, fundamentalmente, las características que sean susceptibles de tener una aceptación mundial (universal)."²⁵⁴

²⁵⁴ ISO/IEC Directives, Part 2: Rules for the structure and drafting of International Standards, quinta edición, 2004, disponible en línea en la siguiente dirección:
http://www.iso.org/iso/standards_development/processes_and_procedures/drafting_standards.htm

Análogamente, una decisión adoptada por el Comité OTC en 2000 refleja el siguiente entendimiento de los Miembros de la OMC:

"A fin de que respondan al interés de los Miembros de la OMC por facilitar el comercio internacional e impedir obstáculos innecesarios al comercio, las normas internacionales deben ser pertinentes y responder de modo eficaz a las necesidades de reglamentación y del mercado, así como al progreso científico y tecnológico de distintos países. No deberán crear distorsiones en el comercio mundial, tener efectos negativos en la competencia leal ni frenar las innovaciones y la evolución tecnológica. Además, no deberán dar preferencia a las características o requisitos de determinados países o regiones cuando en otros países o regiones existan diferentes necesidades o intereses. Siempre que sea posible, las normas internacionales deberán basarse en los resultados más que en las características descriptivas o de diseño."^{255,256}

2. “en todos los casos en que sea procedente”

La jurisprudencia relacionada con la expresión “en todos los casos en que sea procedente” del artículo 2.8 era inexistente hasta que por primera vez fue analizada por el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*. En esa oportunidad, los Estados Unidos no negaron que la medida en cuestión se expresa en términos de "características descriptivas o de diseño", y no en términos de las "propiedades de uso y empleo" (*performance*, en el texto en inglés). Sin embargo, el Grupo Especial convino con los Estados Unidos en que Indonesia no había demostrado que un enfoque alternativo era "procedente". Con respecto al significado del término "procedente", el Grupo Especial recordó las interpretaciones anteriores de este término en otros contextos.²⁵⁷

“Aunque no hay jurisprudencia relativa a la expresión “[e]n todos los casos en que sea procedente” en el contexto del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el Grupo Especial es consciente de que el término “*appropriate*” (procedente, apropiado) aparece en otras muchas disposiciones de los Acuerdos de la OMC y de que hay una jurisprudencia sustancial y en general uniforme sobre el sentido corriente de dicho término.⁸⁴⁹ Distintos grupos especiales y el Órgano de Apelación se han basado en definiciones corrientes de los diccionarios y han dado al término “*appropriate*” (“procedente, apropiado”) su sentido corriente. Por ejemplo, el Grupo Especial que examinó el asunto *México - Telecomunicaciones* observó lo siguiente:

"La palabra '*appropriate*' (apropiado), en su sentido general según el diccionario, significa '*specially suitable, proper*' (especialmente adecuado, propio). Esto parece indicar que las 'medidas apropiadas' son aquellas que son adecuadas para alcanzar su propósito."²⁵⁸

Análogamente, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Accesorios de tubería* señaló lo siguiente:

²⁵⁵ G/TBT/9, Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 13 de noviembre de 2000, anexo 4, párrafo 10.

²⁵⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.481, 7.482.

²⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardines*, párrafos 222 – 223-

²⁵⁸ Informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.265 (donde se cita el diccionario *The Shorter Oxford English Dictionary*, tercera edición (Clarendon Press, 1990), página 94).

"El sentido corriente de la palabra '*appropriate*' (en el texto español se utiliza el verbo proceder) hace referencia a algo que es '*especially suitable or fitting*' (especialmente conveniente o apto). El término '*suitable*' (conveniente) puede ser definido, a su vez, como '*fitted for or appropriate to a purpose, ocasión ...*' (apto o apropiado para un propósito, ocasión ...) o '*adapted to a use or purpose*' (adaptado a un uso o finalidad). El significado del término '*fitting*' (apto) puede ser definido como '*of a kind appropriate to the situation*' (de un tipo adecuado a la situación). ... El término es compatible con la intención de no prejuzgar lo que las circunstancias podrían ser en el contexto de un caso concreto. Es preciso que esa procedencia se juzgue caso por caso ... Hay un elemento de flexibilidad en cuanto que no se imponen factores, índices, niveles o prescripciones predeterminados."²⁵⁹

Más recientemente, en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el Órgano de Apelación se basó en las mismas definiciones de los diccionarios al interpretar la expresión "cuantía apropiada" del párrafo 3 del artículo 19 del Acuerdo SMC:

"Empezando por la expresión '*appropriate amounts*' (cuantía apropiada), observamos que entre las definiciones que dan los diccionarios del término '*appropriate*' ('apropiado') figuran las siguientes: '*proper*' (adecuado), '*fitting*' (conveniente) y '*especially suitable (for, to)*' (especialmente idóneo (para)).²⁶⁰ Estas definiciones sugieren que no existe una norma autónoma o absoluta para determinar qué es 'apropiado'; se trata más bien de algo que debe evaluarse utilizando otra cosa distinta o en relación con ella."²⁶¹

Asimismo, señalamos que en *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con el Grupo Especial que examinó ese asunto en que el término "*inappropriate*" (inapropiado) en el contexto del párrafo 4 del artículo 2⁸⁵⁴ del *Acuerdo OTC* "se refiere a algo que no es '*especially suitable*' (especialmente idóneo), '*proper*' (adecuado) o '*fitting*' (conveniente)", y que "el carácter de apropiado atañe más bien a la naturaleza de [los medios [utilizados]]".^{262,263}

3. Carga de la prueba

El Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, señaló que en relación con la carga probatoria:

"[C]onsideramos que cuando se formula una alegación al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, le corresponde a la parte reclamante la carga de demostrar que es "*appropriate*" (apropiado, procedente) (es decir, "*proper*" (adecuado), "*fitting*" (conveniente) y "*suitable*" (idóneo)) definir un reglamento técnico determinado en función de "las propiedades de uso y empleo", más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas. Este enfoque es compatible con los principios generales que rigen la carga de la prueba en los procedimientos

²⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 7.240 (donde se citan los diccionarios *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994) y *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993)).

²⁶⁰ (nota del original) *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 106.

²⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 552.

²⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 285.

²⁶³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.486 – 7.489.

de solución de diferencias de la OMC.⁸⁵⁶ También es compatible con el análisis del Órgano de Apelación de la expresión "salvo en el caso de que... [sea] inapropiado", en el contexto de la obligación del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, en *CE - Sardinias*.⁸⁵⁷ No entendemos que Indonesia sugiera otra cosa.^{264,265}

Así las cosas, y la carga de la prueba, en el caso mencionado el Grupo Especial resolvió que Indonesia no demostró que hubiera sido "procedente" escribir el reglamento técnico que prohibía la venta de determinados cigarrillos aromatizados, en función de las "propiedades de uso y empleo" (*performance*, en el texto en inglés):

"El Grupo Especial está de acuerdo con los Estados Unidos en que la norma indicada por Indonesia no demuestra que el reglamento técnico consagrado en el artículo 907(a)(1)(A) se pueda enunciar en función de "las propiedades de uso y empleo", y mucho menos que sea "procedente" hacerlo.²⁶⁶ Dejando de lado la cuestión de si la norma indicada se puede aplicar a los cigarrillos²⁶⁷, su fin consiste simplemente en proporcionar un medio concreto de verificar los niveles de aroma. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que un ejemplo de una prescripción basada en las propiedades de uso y empleo sería un reglamento técnico sobre sillas que estableciera el requisito de que la silla debe soportar una persona de al menos 130 kg, en lugar de establecerlo en función de los componentes de la silla (es decir, si está hecha de madera, que la madera tenga un grosor determinado y los clavos sean de una longitud determinada). También estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que, en lugar de transformar la norma del artículo 907(a)(1)(A) de una norma basada en el "diseño" o las características "descriptivas" en una norma basada en "las propiedades de uso y empleo", la utilización de la norma indicada simplemente aportaría un medio concreto de verificar si se cumple tal norma. Asimismo, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el hecho de proporcionar un medio de verificar cuándo se cumple la norma establecida en la medida enunciada en términos descriptivos no significa que sea posible plantear la prescripción en función de las propiedades de uso y empleo -con las que guardan diferencias fundamentales-, ni explica por qué es "procedente" hacerlo. La norma a que alude Indonesia no sería una basada en "las propiedades de uso y empleo" en el sentido del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; para decirlo de una manera sencilla, no es una norma relativa a la manera en que un cigarrillo ha de reflejar esas propiedades en la práctica (es decir, su función²⁶⁸)."²⁶⁹

4. "serán definidos" ("shall specify" en el texto en inglés)

En el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, Indonesia argumentó que el artículo 2.8 obliga a los Miembros a proporcionar "un cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos. El Grupo Especial rechazó esta interpretación, pues consideró que se trata de una lectura errónea de los términos del artículo 2.8. Después de examinar los términos, el contexto, y el objeto y fin del artículo 2.8, el Grupo Especial concluyó que:

²⁶⁴ En su respuesta a la pregunta 4 del Grupo Especial, Indonesia está de acuerdo en que le corresponde la carga de probar todas las alegaciones que formula al amparo del *Acuerdo OTC*, incluida la que formula al amparo del párrafo 8 del artículo 2.

²⁶⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.490.

²⁶⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafos 113-116.

²⁶⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafo 114; y observaciones de Indonesia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafo 72.

²⁶⁸ El Grupo Especial señala que las versiones inglesa y francesa del párrafo 8 del artículo 2 utilizan las palabras "in terms of performance" y "en fonction des propriétés d'emploi du produit".

²⁶⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.493.

“[E]l párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad"²⁷⁰ en sus reglamentos técnicos, por lo que se deduce que el "nivel de especificidad" reflejado en el artículo 907(a)(1)(A) no es pertinente para la cuestión de si la medida es compatible con el párrafo 8 del artículo 2. Por consiguiente, no es necesario que consideremos si la FSPTCA proporciona una definición de "aroma característico" a los efectos de la prohibición y/o si la FDA ha aportado especificaciones adicionales de lo que constituye un "aroma característico".²⁷¹ En la medida en que la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 8 del artículo 2 se basa en el argumento de que el artículo 907(a)(1)(A) "carece de la especificidad requerida"²⁷², el Grupo Especial concluye que la alegación y el argumento de Indonesia están fuera de lugar.”²⁷³

XIV. Casos en que no exista una norma internacional pertinente (artículo 2.9)

En virtud del artículo 2.9, en todos los casos en que no exista una norma internacional pertinente o en que el contenido técnico de 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 el comercio de otros Miembros, los Miembros tienen obligaciones (1) de publicarlo; (2) de notificarlo a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría; (3) previa solicitud, de facilitar a los demás Miembros los detalles; y (4) de prever un plazo prudencial para que los demás Miembros puedan formular observaciones por escrito, mantener conversaciones sobre esas observaciones si así se les solicita, y tomarlas en cuenta.

1. Decisiones del Comité OTC y recomendaciones:

A. Generalidades

En 2009, el Comité reiteró la importancia de que los Miembros cumplan plenamente con sus obligaciones de transparencia en virtud del *Acuerdo OTC* y en particular las relativas a la notificación de los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, tal como establecen los artículos 2.9, 2.10, 5.6, 5.7 y 10.7. El Comité subrayó que la transparencia es un pilar fundamental en la aplicación del *Acuerdo OTC* y un elemento clave de buenas prácticas de reglamentación.²⁷⁴ El Comité tomó nota del importante acervo de decisiones y recomendaciones que ha desarrollado desde 1995, y coincidieron en subrayar la importancia de la plena aplicación de este régimen existente de decisiones y recomendaciones de los miembros.²⁷⁵

²⁷⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

²⁷¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.

²⁷² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.

²⁷³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillo de clavo de olor*, párrafo 7.484.

²⁷⁴ *G/TBT/26*, 12 November 2009, para. 29.

²⁷⁵ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.69.

B. “efecto significativo en el comercio de otros Miembros”

A fin de lograr que se adopte un método coherente de selección de los proyectos de reglamentos técnicos y procedimientos para la evaluación de la conformidad que han de notificarse, el Comité OTC estableció una recomendación de usar los siguientes criterios:

Para los fines de los artículos 2.9 y 5.6, el concepto de “efecto significativo en el comercio de otros Miembros” puede referirse al efecto:

- a) de un solo reglamento técnico o procedimiento para la evaluación de la conformidad o de varios reglamentos técnicos o procedimientos para la evaluación de la conformidad combinados;
- b) en el comercio de un producto determinado, de un grupo de productos o de productos en general; y
- c) entre dos o más Miembros.²⁷⁶

Al evaluar la importancia del efecto que ejercen sobre el comercio los reglamentos técnicos, el Miembro interesado debe considerar elementos tales como el valor de las importaciones procedentes de otros Miembros, individualmente o en conjunto, o la importancia que tengan por otros motivos para los Miembros importadores y/o exportadores interesados, el potencial de crecimiento de esas importaciones, y las dificultades que supone para los productores de otros Miembros cumplir el reglamento técnico en proyecto.

El concepto de un efecto significativo en el comercio de otros Miembros debe comprender tanto los efectos de aumento como de disminución de las importaciones en el comercio de otros Miembros, siempre y cuando esos efectos sean significativos.²⁷⁷

C. Requisitos de publicación

De conformidad con los artículos 2.9.1 y 5.6.1 del *Acuerdo OTC*, el comité OTC convino examinar las maneras en que serían puestas a disposición de los miembros de la OMC, la publicación de las notificaciones de proyectos de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, así como de sus contenidos.²⁷⁸

Existe una lista que incluye referencias a sitios web en el documento G/TBT/GEN/39/ En este archivo se encuentra información sobre las publicaciones oficiales relacionadas con reglamentos técnicos, normas y evaluación de la conformidad.

D. Modelo y directrices para las notificaciones

²⁷⁶ Véase Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio - Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité desde el 1º de enero de 1995 - Nota de la Secretaría - Revisión, Documento G/TBT/1/Rev.8, página 17.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ G/TBT/1/Rev.10, p. 30.

Los procedimientos de notificación conforme al *Acuerdo OTC* han sido objeto de constante escrutinio por parte del Comité OTC. Con el fin de garantizar un funcionamiento uniforme y eficiente de estos procedimientos, el Comité OTC acordó un formato y guías para las notificaciones.²⁷⁹ El Comité OTC convino que el método preferido para presentar las notificaciones era la transmisión electrónica de esta información. Lo anterior, debido a que este medio facilita a los Miembros el acceso a estas notificaciones. Asimismo, esta vía fortalece el proceso de notificación, incluyendo el tiempo necesario para la publicación y difusión de la notificación por el Secretariado de la OMC.²⁸⁰

E. Decisiones relacionadas con las notificaciones - prescripciones relativas al etiquetado

Con el propósito de aclarar el alcance del *Acuerdo OTC* con respecto a las prescripciones relativas al etiquetado, en 1995 el Comité OTC adoptó la siguiente decisión:

“De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo, los Miembros están obligados a notificar todas las prescripciones obligatorias relativas al etiquetado que no estén basadas sustancialmente en una norma internacional pertinente y que puedan tener un efecto sensible en el comercio de otros Miembros. Esa obligación es independiente del tipo de información facilitada en la etiqueta, corresponda o no por su naturaleza esa información a una especificación técnica.”²⁸¹

F. Momento en que se han de hacer las notificaciones

En el mismo documento al que hemos aludido del año 1995, el Comité OTC publicó la siguiente recomendación con respecto al momento en que se han de hacer las notificaciones:

“[P]ara cumplir lo dispuesto en los artículos 2.9.2, 3.2 (en relación con el artículo 2.9.2), 5.6.2 y 7.2 (en relación con el artículo 5.6.2), la notificación deberá hacerse cuando se dispusiera del texto completo del reglamento técnico en proyecto o del procedimiento para la evaluación de la conformidad en proyecto y cuando fuera todavía posible introducir modificaciones y tenerlas en cuenta.”^{282, 283}

G. Traducción de documentos relativos a las notificaciones y dirección del organismo que proporciona los documentos

El Comité OTC también acordó ciertos procedimientos diseñados para abordar las dificultades que pueden surgir debido al hecho de que la documentación pertinente a los reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad no esté

²⁷⁹ El texto acerca de las recomendaciones y decisiones relevantes se encuentran en [G/TBT/1/Rev.10](#), pp. 20–21 y en el Anexo C.

²⁸⁰ [G/TBT/1/Rev.10](#), p. 30.

²⁸¹ [G/TBT/1/Rev.10](#), p. 22.

²⁸² [G/TBT/M/2](#), 4 de octubre de 1995, párrafo 5; [G/TBT/W/2/Rev.1](#), 21 de junio de 1995, página 7.

²⁸³ [G/TBT/1/Rev.10](#), p. 20.

disponible en uno de los idiomas de trabajo de la OMC y que un órgano distinto al punto de consulta puede ser responsable de dicha documentación.²⁸⁴

H. Tramitación de las solicitudes de documentación

En 1995, al abordar los problemas del suministro y la obtención de la documentación solicitada sobre los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, el Comité acordó lo siguiente:

i) las solicitudes de documentación deberán contener todos los elementos que permitan la identificación de los documentos y, en particular, el número de notificación OMC-OTC a que se refieran las solicitudes. La misma información deberá aparecer en los documentos que se suministren en respuesta a esas solicitudes;

ii) se deberá dar trámite a las solicitudes de documentación en un plazo de cinco días laborales, de ser posible. Si se previera un retraso en el suministro de la documentación solicitada, se advertirá de ello al solicitante y se le dará una estimación de la fecha en que se podrán suministrar los documentos;

iii) en las solicitudes de documentación enviadas por correo electrónico deberán figurar el nombre, la organización, la dirección, los números de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico; y

iv) se preconiza la transmisión de documentación por medios electrónicos. En las solicitudes de documentación deberá indicarse si se desea una versión electrónica o en papel.²⁸⁵

I. Plazo para la presentación de observaciones

En 2000 y en 2003, en relación con los plazos para la presentación de observaciones sobre los reglamentos técnicos y procedimientos para la evaluación de la conformidad notificados, el Comité acordó lo siguiente:

i) el plazo normal para la presentación de observaciones sobre notificaciones deberá ser de 60 días. Se insta a cualquier Miembro que pueda conceder un plazo superior a 60 días, por ejemplo, 90 días, a que lo haga, y deberá indicarlo en la notificación²⁸⁶;

ii) con el fin de mejorar la capacidad de los países en desarrollo Miembros de formular observaciones sobre las notificaciones, y en consonancia con el principio de trato especial y diferenciado, los países desarrollados Miembros son

²⁸⁴ G/TBT/1/Rev.10, pp. 31-33.

²⁸⁵ G/TBT/1/Rev.10, p. 27

²⁸⁶ G/TBT/9, 13 de noviembre de 2000, párrafo 13 y anexo 3, página 23.

alentados a que prevean un plazo de más de 60 días para la presentación de observaciones.²⁸⁷

En seguimiento de este acuerdo, el Comité formuló una recomendación en 2009.²⁸⁸

J. La tramitación de las observaciones relativas a las notificaciones

En 1995, para mejorar la tramitación de las observaciones sobre los reglamentos técnicos y procedimientos para la evaluación de la conformidad en proyectos notificados de conformidad con los artículos 2.9.4, 2.10.3, 3.1 (en relación con los artículos 2.9.4 y 2.10.3), 5.6.4, 5.7.3 y 7.1 (en relación con los artículos 5.6.4 y 5.7.3) del *Acuerdo OTC*, el Comité aprobó el procedimiento siguiente²⁸⁹:

- i) los Miembros deberán notificar a la Secretaría de la OMC la autoridad o el organismo (por ejemplo, su servicio de información) que haya designado para ocuparse de la tramitación de las observaciones recibidas; y
- ii) el Miembro que reciba las observaciones por conducto del organismo designado, sin que sea necesaria otra solicitud, deberá:
 - acusar recibo de las observaciones;
 - explicar dentro de un plazo razonable al Miembro del que haya recibido las observaciones cómo procederá para tenerlas en cuenta y, si corresponde, suministrará informaciones suplementarias pertinentes en relación con los reglamentos técnicos o procedimientos para la evaluación de la conformidad en proyecto de que se trate, y
 - suministrar al Miembro del que haya recibido las observaciones copia de los correspondientes reglamentos técnicos o procedimientos para la evaluación de la conformidad adoptados o bien información según la cual no se adoptarán de momento reglamentos técnicos ni procedimientos para la evaluación de la conformidad.

En seguimiento a estos acuerdos, el Comité OTC hizo recomendaciones en 2003, 2006 y 2009.²⁹⁰

K. Copias de los reglamentos técnicos

En 2007, con el fin de facilitar el acceso a los proyectos de textos notificados, el Comité decidió crear un mecanismo mediante el cual los Miembros podrán, de manera voluntaria,

²⁸⁷ G/TBT/13, 11 de noviembre de 2003, párrafo 26.

²⁸⁸ G/TBT/1/Rev.10, p. 23.

²⁸⁹ G/TBT/M/2, 4 de octubre de 1995, párrafo 5; G/TBT/W/2/Rev.1, 21 de junio de 1995, página 9.

²⁹⁰ G/TBT/1/Rev.10, pp. 24-25.

proporcionar a la Secretaría de la OMC una versión electrónica del proyecto de texto notificado (anexo) junto con el formulario de notificación. En 2009, con miras a mejorar el acceso a los textos de las medidas notificadas, el Comité acordó reiterar su recomendación anterior de que se facilite la dirección del sitio web en la casilla 11 del formulario de notificación y alentar a los Miembros a usar el mecanismo proporcionado por la Secretaría de la OMC y enviar versiones electrónicas de los textos notificados junto con el formulario de notificación, para incluir un hipervínculo en la propia notificación.²⁹¹

L. Elaboración mensual por la Secretaría de la OMC de una lista de las notificaciones emitidas

A fin de proporcionar una breve indicación de las notificaciones emitidas, el Comité acordó que se pida a la Secretaría que prepare un cuadro mensual de las notificaciones emitidas, indicando los números de las notificaciones, los Miembros notificadores, los artículos en virtud de los cuales se efectúan las notificaciones, los productos abarcados, los objetivos y las fechas límite para la presentación de observaciones. Las listas mensuales de las notificaciones figuran en la serie de documentos G/TBT/GEN/N/-.

M. Seguimiento de las notificaciones, modificaciones, adiciones, etc.

En 2003, con el fin de facilitar el seguimiento de los reglamentos técnicos y los procedimientos de evaluación de la conformidad de los Miembros que se señalen a la atención del Comité, el Comité acordó lo siguiente:

- i) asignar la misma signatura de la notificación original a todas sus versiones modificadas posteriores para que se pueda seguir su rastro; y
- ii) alentar a los Miembros a que comuniquen de forma voluntaria al Comité cualquier información complementaria sobre las cuestiones que se hayan señalado anteriormente a su atención.

En 2009 el Comité acordó lo siguiente:

- i) recordar su recomendación anterior en la que alienta a los Miembros a notificar, en un addendum a la notificación original, la disponibilidad del texto definitivo adoptado y a facilitar información sobre el lugar en que se puede obtener el texto definitivo, incluida la dirección del sitio web;
- ii) destacar la importancia de enviar este addendum cuando se aprueba, se publica o entra en vigor un reglamento en proyecto, en particular si esas fechas no figuraban en la notificación original o se han modificado; y,
- iii) recomendar que el Comité establezca procedimientos comunes para notificar las modificaciones de las medidas notificadas anteriormente, o cualquier otra

²⁹¹ [G/TBT/1/Rev.10](#), pp. 30-31.

información pertinente al respecto, y los formatos adecuados (addendum, corrigendum, revisión).

2. *Jurisprudencia*

A. *Generalidades*

a. “siempre que pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros”

En el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Grupo Especial examinó las reclamaciones en virtud del artículo 2.9.2 y 2.9.3. El Grupo Especial comenzó por establecer que la medida en cuestión puede tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros:

“Señalamos que el texto de esta segunda condición para que se aplique el párrafo 9 del artículo 2 se refiere a que el reglamento técnico “*may have a significant effect on trade of other Members*” (pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros), no a que “*will have a significant effect*” (vaya a tener un efecto significativo) o “*has a significant effect*” (tenga un efecto significativo). “*May*” (pueda) se utiliza para expresar una posibilidad, no una certeza.²⁹² Por consiguiente, interpretamos que esas palabras significan que el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no exige probar que haya efectos reales en el comercio, sino que esta condición engloba situaciones en las que un reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros.

Asimismo, observamos que el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* hace referencia a un efecto “significativo”. “*Significant*” (significativo) significa “*sufficiently great or important to be worthy of attention; noteworthy*” (suficientemente grande o importante para merecer atención; digno de atención).²⁹³ Por consiguiente, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que un “efecto significativo” engloba todos los efectos en el comercio que no son *de minimis*.²⁹⁴ En este sentido, observamos que Indonesia ha presentado pruebas al Grupo Especial que demuestran que el artículo 907(a)(1)(A) tiene un efecto sustancial y digno de atención en su comercio de cigarrillos de olor con los Estados Unidos. En particular, los datos facilitados por Indonesia muestran que la gran mayoría de los cigarrillos de olor importados en los Estados Unidos

²⁹² *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen I, página 1725, en donde se define que “*may*” (poder) significa, entre otras cosas, “*have the possibility, opportunity, or suitable conditions to; be likely to*” (tener la posibilidad, la oportunidad o las condiciones adecuadas para algo; ser probable); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que “*may*” (poder) significa, entre otras cosas, “*used to indicate possibility or probability*” (utilizado para indicar posibilidad o probabilidad).

²⁹³ *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen II, página 2835, en donde se define que “*significant*” (significativo) significa, entre otras cosas, “[*i*]mportant, notable; consequential” ([i]mportante, notable; que tiene consecuencias); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que “*significant*” (significativo) significa, entre otras cosas, “*of a noticeably or measurably large amount*” (en una cantidad considerablemente o apreciablemente grande).

²⁹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Grupo Especial.

proviene de Indonesia.²⁹⁵ Indonesia también ha demostrado que el valor de esas importaciones ascendía aproximadamente a 15 millones de dólares EE.UU. en 2008.²⁹⁶ Asimismo, señalamos que Indonesia ha aducido que lleva más de 40 años exportando cigarrillos de olor a los Estados Unidos.²⁹⁷

Como el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe la importación de cigarrillos de olor en los Estados Unidos, sólo podemos llegar a la conclusión de que la repercusión del artículo 907(a)(1)(A) en el comercio de Indonesia es significativa en el sentido del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, constatamos que también se cumple la segunda condición de la aplicación de las obligaciones que figuran en los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁹⁸

B. Artículo 2.9.2

En el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos actuaron de forma inconsistente con el artículo 2.9.2 al no notificar el reglamento técnico en cuestión. El Grupo Especial hizo las siguientes observaciones sobre el alcance de la obligación establecida en el artículo 2.9.2:

“Señalamos que, a diferencia del párrafo 9.3 del artículo 2, el párrafo 9.2 del artículo 2 no vincula la obligación de notificar al hecho de que un Miembro lo solicite.

Asimismo, observamos que el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica a los "proposed technical regulation[s]" (en la versión inglesa). En el mismo sentido, la versión francesa del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* utiliza las palabras "le règlement technique projeté" y la versión española del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* utiliza las palabras "el reglamento técnico en proyecto". "To propose" se puede definir como "to put forward [a technical regulation] for consideration by others" (presentar [un reglamento técnico] para su examen por terceros).²⁹⁹ El párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica por tanto a lo que serían instrumentos jurídicos comprendidos en la definición de un reglamento técnico que aún estaría en forma de "proyecto", es decir, aún no aprobado ni en vigor. El texto de la segunda frase del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* refuerza esta conclusión, ya que indica que la notificación se debe hacer "en una etapa convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen". Por consiguiente, como la disposición prevé la posibilidad de modificaciones y observaciones, el reglamento técnico en cuestión no puede haberse aprobado o adoptado antes de que se haga la notificación. A nuestro juicio, el párrafo 9.2 del artículo 2 (al igual que sucede con el párrafo 6.2 del artículo 5 para los procedimientos de evaluación de la conformidad) forma parte del núcleo de las disposiciones de transparencia del *Acuerdo OTC*: el propósito mismo de la notificación es dar

²⁹⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 18 y 139; respuesta de Indonesia a la pregunta 48 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 35.

²⁹⁶ Indonesia - Pruebas documentales 68, 102; Estados Unidos - Pruebas documentales 100 y 134.

²⁹⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 5.

²⁹⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.529 – 7.531.

²⁹⁹ *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen II, página 2371, en donde se define que "proposed" significa, entre otras cosas, "put forward for consideration or action" (presentado para su examen o para que se tomen medidas); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que "proposed" significa, entre otras cosas, "to set forth for acceptance or rejection" (enunciar algo para su aceptación o rechazo).

la oportunidad de formular observaciones antes de que la medida en proyecto entre en vigor, cuando aún hay tiempo para hacer cambios antes de que "sea demasiado tarde".

Una recomendación del Comité OTC sobre el momento en que se han de hacer las notificaciones aporta una orientación y un respaldo adicionales a nuestra interpretación:

"Para cumplir lo dispuesto en los artículos 2.9.2, 3.2 (en relación con el artículo 2.9.2), 5.6.2 y 7.2 (en relación con el artículo 5.6.2), deberá hacerse la notificación cuando se disponga del texto completo del reglamento técnico en proyecto o del procedimiento para la evaluación de la conformidad en proyecto y cuando sea todavía posible introducir modificaciones y tenerlas en cuenta."³⁰⁰

"Por consiguiente, examinaremos si los Estados Unidos notificaron los productos abarcados, así como el objetivo y la razón de ser del artículo 907(a)(1)(A) en una etapa convenientemente temprana, es decir, cuando estaba en forma de proyecto, antes de su adopción, cuando podían aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formularan."³⁰¹

3. "el reglamento técnico en proyecto"

El Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* rechazó una reclamación basada en el artículo 2.9.3 sobre la base de que, si bien había una solicitud, no se hizo hasta después de que la medida había sido promulgada. En consecuencia, el Grupo Especial razonó que la situación estaba fuera del ámbito de aplicación del artículo 2.9.3, el cual se aplica únicamente a reglamentos técnicos "en proyecto":

"Observamos que, a diferencia del caso del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la obligación de facilitar detalles sobre un reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo impuesta en virtud del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se activa únicamente a petición de un Miembro. Sin embargo, al igual que en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, tal obligación se limita a "los reglamentos técnicos en proyecto", es decir, los reglamentos técnicos que aún están en forma de proyecto y en los que, por tanto, como se ha explicado *supra*, puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen.

Por consiguiente, para que los Estados Unidos hubieran estado obligados en virtud del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* a facilitar a Indonesia detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo, Indonesia debía haber solicitado a los Estados Unidos que lo hicieran cuando el artículo 907(a)(1)(A) aún estaba en forma de proyecto.

Como se ha explicado, Indonesia alega que su solicitud de conformidad con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* estaba comprendida en las preguntas que formuló a los Estados Unidos a través del Comité OTC y que constan en el documento G/TBT/W/323. Observamos que la comunicación de Indonesia tenía fecha de 17 de agosto de 2009³⁰², es decir, casi dos meses después de que se aprobase el artículo 907(a)(1)(A), el 20 de junio de 2009. Por tanto, las preguntas formuladas por Indonesia a los Estados Unidos en el documento G/TBT/W/323 no

³⁰⁰ G/TBT/1/Rev.9, página 17.

³⁰¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.535 – 7.538.

³⁰² Las preguntas de Indonesia se distribuyeron a los Miembros de la OMC por medio del documento G/TBT/W/323 el 20 de agosto de 2009.

podían referirse a un reglamento técnico "en proyecto", sino a un reglamento técnico que ya estaba aprobado. Por consiguiente, aunque se considerase que las preguntas formuladas por Indonesia en el documento G/TBT/W/323 eran una solicitud de detalles en el sentido del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, esas preguntas no se referían a un reglamento técnico en proyecto.

Observamos que Indonesia no ha presentado al Grupo Especial ninguna otra prueba que pueda demostrar que solicitase a los Estados Unidos que facilitasen detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo cuando aún estaba en forma de proyecto.

Por consiguiente, constatamos que, al no demostrar que solicitó a los Estados Unidos que facilitasen detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo cuando aún estaba en forma de proyecto, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaran de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.³⁰³

XV. Excepciones al artículo 2.9 por cuestiones de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional (artículo 2.10)

En virtud del artículo 2.10, si a un Miembro se le planteasen o amenazaran plantearse problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional, se podrán omitir los trámites establecidos en el artículo 2.9 antes de adoptar el reglamento técnico, siempre y cuando, se sigan las propias reglas dispuestas para tal efecto en el artículo 2.10. Los tres requisitos establecidos por el artículo 2.10 son:

- 2.10.1 notificar inmediatamente a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, el reglamento técnico y los productos de que se trate, indicando brevemente el objetivo y la razón de ser del reglamento técnico, así como la naturaleza de los problemas urgentes;
- 2.10.2 previa solicitud, facilitar a los demás Miembros el texto del reglamento técnico;
- 2.10.3 dar sin discriminación a los demás Miembros la posibilidad de formular observaciones por escrito, mantener conversaciones sobre ellas si así se le solicita, y tomar en cuenta estas observaciones escritas y los resultados de dichas conversaciones.

Como podemos darnos cuenta existe una relación de regla-excepción en los artículos 2.9 y 2.10 del *Acuerdo OTC*. El Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, aclaró esta relación de la siguiente forma:

“Señalamos que las obligaciones establecidas en virtud del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* únicamente son aplicables cuando un Miembro ha omitido los pasos enumerados en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque "se le plantea[n] o amenaza[n] plantearse problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional". A nuestro juicio, el hecho de que el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplique únicamente cuando un Miembro se aparta de las obligaciones generales establecidas en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* supone que esas dos disposiciones tienen dos ámbitos de aplicación distintos y separados. De hecho, no vemos situación alguna en la que las medidas de

³⁰³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.545 - 7.549.

un Miembro de la OMC puedan estar comprendidas en el ámbito de aplicación de ambas obligaciones al mismo tiempo. O bien el Miembro en cuestión sigue las prescripciones generales establecidas en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o bien decide hacer caso omiso de esas prescripciones debido a alguno de los "problemas urgentes" enumerados y descritos en el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.³⁰⁴

XVI. Publicación y plazo prudencial para la entrada en vigor de los reglamentos técnicos (artículo 2.11 y 2.12)

En virtud del artículo 2.11, los Miembros se asegurarán de que todos los reglamentos técnicos que hayan sido adoptados se publiquen prontamente o se pongan de otra manera a disposición de las partes interesadas de los demás Miembros para que éstas puedan conocer su contenido.

En virtud del artículo 2.12, salvo en las circunstancias urgentes mencionadas en el artículo 2.10, los Miembros preverán un plazo prudencial entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor, con el fin de dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador.

1. Decisión Ministerial y las correspondientes decisiones y recomendaciones del Comité OTC

El Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, en su reunión celebrada el 15 de marzo de 2002, tomó nota de la Decisión Ministerial (adoptada en la Conferencia Ministerial de 14 de noviembre de 2001) relativa a la aplicación del artículo 2.12 del Acuerdo.³⁰⁵ En virtud de esta Decisión, con sujeción a las condiciones especificadas en el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC*, se entenderá por "plazo prudencial" un período no inferior normalmente a seis meses, salvo en el caso de que sea ineficaz para el logro de los objetivos legítimos perseguidos.³⁰⁶

En la sesión de noviembre de 2006, con miras a facilitar la aplicación de los procedimientos de transparencia en el marco del Acuerdo, el Comité acordó alentar a los Miembros a proporcionar un intervalo de más de 6 meses, cuando fuera posible, entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor.³⁰⁷

¿Cuál es el estatus jurídico de esta Decisión Ministerial? La respuesta ya fue dada por la jurisprudencia relacionada con el artículo 2.12, y puede encontrarse en el siguiente apartado de este trabajo.

³⁰⁴ *Ibid*, párrafo 7.502.

³⁰⁵ WT/MIN(01)/17, 20 de noviembre de 2001, párrafo 5.2.

³⁰⁶ Véase Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio - Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité desde el 1º de enero de 1995 - Nota de la Secretaría - Revisión, Documento G/TBT/1/Rev.8, página 32.

³⁰⁷ [G/TBT/1/Rev.10](#), p. 26

2. *Jurisprudencia del artículo 2.12*

En el caso *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, se analizó la compatibilidad del reglamento estadounidense con el párrafo 2.12, al no permitir un intervalo de al menos seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del reglamento técnico en cuestión. En el curso de este análisis, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación examinaron la situación jurídica del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de 2001 relativas a la aplicación de Cuestiones y Preocupaciones. Por esta razón haremos un breve recuento del análisis respectivo realizado por ambos cuerpos solucionadores de diferencias comerciales.

En el asunto en comento, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos al no haber previsto un período no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA, ese país actuó de manera incompatible con el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC*. Los Estados Unidos apelaron contra esta constatación y por tanto el Órgano de Apelación procedió a analizar este alegato.

El máximo tribunal de la OMC analizó el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación ("la Decisión Ministerial de Doha"), la cual definía la expresión "plazo prudencial" que figura en el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC* como un periodo de al menos seis meses.³⁰⁸ En su momento procesal, el Grupo Especial opinó que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha podría considerarse un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, por lo que respecta a la interpretación de la expresión "plazo prudencial" que figura en el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC*.³⁰⁹ También consideró que la intención de la Conferencia Ministerial era que el párrafo 5.2 fuese vinculante.³¹⁰

Después de su análisis, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial no determinó formalmente si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye una interpretación multilateral de conformidad con el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC. No obstante, examinó la cuestión de si el párrafo 5.2 tiene, de hecho, esa condición jurídica.³¹¹ Recordó que el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC establece dos requisitos específicos aplicables a la adopción de interpretaciones multilaterales de los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Anexo 1 del Acuerdo sobre la OMC: i) la decisión de la Conferencia Ministerial o del Consejo General de adoptar esas interpretaciones se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros; y ii) esas interpretaciones se adoptarán sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento del Acuerdo pertinente. En lo que concierne al primer requisito, el Grupo Especial observó que la Conferencia Ministerial decidió por consenso sobre los asuntos tratados en la Decisión Ministerial de Doha. La cuestión de si se cumplió el primer requisito no se planteó en esta apelación. En cuanto al segundo requisito, el Grupo Especial señaló que "parece que al adoptar la Decisión Ministerial de Doha, la Conferencia Ministerial no cumplió el requisito previo establecido en el párrafo 2 del

³⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 238.

³⁰⁹ *Ibid*, párrafo 239.

³¹⁰ *Ibid*, párrafo 244.

³¹¹ *Ibid*, párrafo 247.

artículo IX del Acuerdo sobre la OMC" de ejercer su facultad sobre la base de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en la medida en que sugirió que la inexistencia de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías "es insuficiente para concluir que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación autorizada en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC". Los términos de esa disposición no indican que se pueda prescindir del cumplimiento de este requisito. Aunque es muy posible que el contenido del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha se haya basado en debates celebrados en el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, no estuvo convencido de que eso baste para establecer que la Conferencia Ministerial ejerció su facultad de adoptar una interpretación del *Acuerdo OTC* sobre la base de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías. En consecuencia, constató que, al no haber pruebas de la existencia de una recomendación específica del Consejo del Comercio de Mercancías con respecto a la interpretación del artículo 2.12 del *Acuerdo OTC*, el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha no constituye una interpretación multilateral adoptada de conformidad con el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC.³¹²

Los Estados Unidos adujeron que una decisión de la Conferencia Ministerial que no se ajuste al procedimiento específico de adopción de decisiones establecido por el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC no puede constituir un "acuerdo ulterior entre las partes" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena. El Órgano de Apelación observó que las interpretaciones multilaterales adoptadas de conformidad con el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC, por una parte, y los acuerdos ulteriores sobre interpretación en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, por otra, tienen diferentes funciones y producen efectos jurídicos distintos conforme a las normas de la OMC. Las interpretaciones multilaterales ofrecen a los Miembros un medio mediante el cual pueden adoptar interpretaciones vinculantes que aclaren las normas de la OMC a todos los Miembros. Por otra parte, el párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena es una norma de interpretación de los tratados en virtud de la cual el intérprete de un tratado utiliza un acuerdo ulterior entre las partes sobre la interpretación de una disposición de un tratado como medio de interpretación para determinar el sentido de esa disposición. Las interpretaciones formuladas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación en el curso de los procedimientos de solución de diferencias solamente vinculan a las partes en una diferencia concreta. El artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC no impide a los grupos especiales y al Órgano de Apelación recurrir a una norma usual de interpretación del derecho internacional público que, a tenor del artículo 3.2 del ESD, están obligados a aplicar. Consideró por lo tanto que una decisión adoptada por los Miembros distinta de una que haya sido adoptada de conformidad con el artículo IX:2 del Acuerdo sobre la OMC puede constituir un "acuerdo ulterior" sobre la interpretación de una disposición de un acuerdo abarcado en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena.³¹³

Basándose en el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, el Órgano de Apelación consideró que una decisión adoptada por los Miembros puede ser

³¹² *Ibid*, párrafos 251-255.

³¹³ *Ibid*, párrafos 256-260.

considerada un "acuerdo ulterior entre las partes" acerca de la interpretación de un acuerdo abarcado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente; y ii) los términos y el contenido de la decisión expresan un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de una disposición de las normas de la OMC. En cuanto al primer elemento, el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha se adoptó después del acuerdo pertinente de la OMC en cuestión, el *Acuerdo OTC*. Por lo que respecta al segundo elemento, la pregunta clave es si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de la expresión "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Siguiendo la Comisión de Derecho Internacional, examinó si el párrafo 5.2 "concretamente guarda relación con la interpretación" del artículo 2.12 del *Acuerdo OTC*. El párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha alude explícitamente a la expresión "plazo prudencial" que figura en el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC* y define este plazo como "normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos" por un reglamento técnico. Por tanto el párrafo 5.2 concretamente guarda relación con la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC*. Considero además que el término "acuerdo" que figura en el párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena se refiere fundamentalmente al fondo y no a la forma. Así pues, se puede considerar que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha es un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena siempre y cuando exprese con claridad un entendimiento común entre los Miembros con respecto al sentido de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC*, y la aceptación de ese entendimiento. A este respecto, el entendimiento entre los Miembros acerca del sentido de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC* dice "se entenderá que ... significa", que no se puede considerar que sean meramente exhortatorios. Por estas razones, confirmó que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, acerca de la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC*.³¹⁴

Sin embargo, el Órgano de Apelación observó que, aunque los términos del párrafo 5.2 deben ser "tenidos en cuenta" a efectos de la interpretación del artículo 2.12, eso no significa que los términos del párrafo 5.2 reemplacen a los que figuran en el artículo 2.12 o prevalezcan sobre ellos. Consideró que, teniendo en cuenta la aclaración interpretativa que ofrece el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, el artículo 2.12 del *Acuerdo OTC* establece la regla de que "normalmente" los productores de los Miembros exportadores necesitan un período "no inferior a seis meses" para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador. El artículo 2.12 presume que los productores extranjeros de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, necesitan como mínimo seis meses para adaptarse a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador. Sin embargo, el Miembro importador puede apartarse de esta obligación en caso de que con ese plazo "no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos" por el reglamento técnico.³¹⁵

³¹⁴ *Ibid*, párrafos 262-268.

³¹⁵ *Ibid*, párrafos 269-275.

El Órgano de Apelación consideró que se establece una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el artículo 2.12 cuando se demuestra que el Miembro importador no ha previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del reglamento técnico en cuestión. Incumbe al Miembro reclamante establecer que el Miembro demandado no ha previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del reglamento técnico en cuestión. Si el Miembro reclamante establece esta presunción *prima facie* de incompatibilidad, corresponde al Miembro demandado refutarla. Para refutar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el artículo 2.12 del Acuerdo OTC, el Miembro demandado que ha previsto un plazo inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor de su reglamento técnico debe presentar pruebas y argumentos suficientes para demostrar o: i) que las "circunstancias urgentes" mencionadas en el artículo 2.10 del Acuerdo OTC rodearon la adopción del reglamento técnico en cuestión; ii) que los productores del Miembro reclamante podrían haberse adaptado a las prescripciones del reglamento técnico en cuestión en el plazo más breve que previó; o iii) que un período "no inferior a" seis meses haría que no fuera factible cumplir los objetivos legítimos de su reglamento técnico. Indonesia estableció una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, los Estados Unidos no sostuvieron que las "circunstancias urgentes" mencionadas en el artículo 2.10 rodearan la adopción del artículo 907(a)(1)(A). Tampoco presentaron las pruebas y los argumentos suficientes para demostrar que los productores de Indonesia podrían haberse adaptado a las prescripciones del artículo 907(a)(1)(A) en un período de tres meses. Tampoco presentaron argumentos adecuados para demostrar que prever un período no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) habría hecho que no fuera factible cumplir el objetivo legítimo de esta disposición. En consecuencia, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que los Estados Unidos no refutaron la presunción *prima facie* de incompatibilidad que Indonesia estableció en el marco del artículo 2.12 del Acuerdo OTC y actuaron de manera incompatible con esta disposición.³¹⁶

XVII. Otras obligaciones (artículos 3 y 4)

Los artículos 3 y 4 tienen disposiciones sobre la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y normas, respectivamente.

XVIII. Procedimientos de evaluación de la conformidad (artículos 5 a 9)

Los artículos 5 a 9 tienen disposiciones sobre procedimientos de evaluación de la conformidad con los reglamentos técnicos.

³¹⁶ *Ibid*, párrafos 280-297.

XIX. Información y asistencia (artículo 10 y 11)

El artículo 10 tiene disposiciones sobre acceso a la información sobre los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos de evaluación de la conformidad. El artículo 11 tiene disposiciones sobre asistencia técnica a los demás Miembros.

XX. Trato especial y diferenciado (artículo 12)

El artículo 12 tiene varias disposiciones sobre el trato especial y diferenciado para países en desarrollo. Por ejemplo, en virtud del artículo 12.1, los Miembros otorgarán a los países en desarrollo Miembros del Acuerdo un trato diferenciado y más favorable, tanto en virtud de las disposiciones del artículo 12 como de las demás disposiciones pertinentes del Acuerdo. En virtud del artículo 12.2, los Miembros prestarán especial atención a las disposiciones del presente Acuerdo que afecten a los derechos y obligaciones de los países en desarrollo Miembros y tendrán en cuenta las necesidades especiales de éstos en materia de desarrollo, finanzas y comercio. En virtud del artículo 12.3, los Miembros, cuando preparen o apliquen reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad, tendrán en cuenta las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros, con el fin de asegurarse de que dichos reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la determinación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros.

1. Jurisprudencia

En el caso *Estados Unidos - EPO*, México alegó que la medida sobre el EPO es incompatible con los párrafos 1 y 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. Alegó que los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las necesidades especiales de México en cuanto que país en desarrollo al preparar y aplicar la medida sobre el EPO, con miras a asegurarse de que no se crearan obstáculos innecesarios para las exportaciones de ganado bovino mexicano a los Estados Unidos.

2. Análisis del párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC

El Grupo Especial señaló que de acuerdo al diccionario, “por “tener en cuenta” se entiende: “tener en consideración como elemento existente, tener conocimiento de algo”. Esto sugiere que “tener en cuenta” significa considerar, pero no necesariamente actuar en consonancia con la concreta necesidad, opinión o posición objeto de consideración”.³¹⁷

Así, basándose en el planteamiento aplicado al párrafo 1 del artículo 10 del Acuerdo MSF por el Grupo Especial en el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, así como en la interpretación de la expresión “tendrán en cuenta” por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Continuación de la suspensión*, constató que el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* no obliga a los Miembros de la OMC a ajustar

³¹⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.776.

su actuación a las necesidades especiales de los países en desarrollo, sino simplemente a tener en consideración esas necesidades, junto con otros factores, antes de adoptar una decisión.”³¹⁸ El Grupo Especial dijo:

“Por lo que respecta a lo que esa consideración activa y significativa quiere decir en términos prácticos, no interpretamos que el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* prescriba algún medio específico. En particular, aunque no lo excluye, el párrafo 3 del artículo 12 no requiere concretamente a los Miembros de la OMC que se pongan activamente en contacto con los países en desarrollo para conocer sus opiniones sobre sus necesidades especiales. Tampoco interpretamos la expresión "tendrán en cuenta" que figura en el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* como una obligación expresa de que los Miembros documenten específicamente, en su proceso legislativo y su proceso de elaboración de normas, la manera en que tuvieron en consideración activamente las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de los países en desarrollo Miembros.”³¹⁹

En cualquier caso, después de analizar los hechos y pruebas ofrecidas por las partes, incluidos “los diversos documentos que demuestran que los Estados Unidos tuvieron activa y significativamente en consideración las necesidades especiales de México en materia de desarrollo, finanzas y comercio, el Grupo Especial concluyó que México no ha demostrado que los Estados Unidos "no tuvieron en cuenta las necesidades especiales de [México] en materia de desarrollo, finanzas y comercio" "al preparar y aplicar [la medida sobre el EPO]””³²⁰.

3. Análisis del párrafo 1 del artículo 12 del Acuerdo OTC

México alegó que los Estados Unidos infringieron esa disposición al haber infringido el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. A esto, el Grupo Especial respondió que “[d]ado que México no ha establecido la infracción del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, no es preciso que analicemos su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 12 de dicho Acuerdo; concluimos que México tampoco ha demostrado la infracción del párrafo 1 del artículo 12.”

Así, el Grupo Especial aplicó una economía procesal, que no fue apelada por México, y por lo tanto no fue revisada por el Órgano de Apelación. Sin embargo, hacemos notar que el fraseado del párrafo 3 y el párrafo 1 es diferente, ya que uno utiliza ‘tener en cuenta’ (párrafo 3) y el otro utiliza ‘otorgar’ (párrafo 1).³²¹ Esta diferencia terminológica podría tener diferentes conclusiones interpretativas para el artículo 12.1 y el 12.3. No obstante, como hemos mencionado, tendremos que esperar a que otro caso brinde más en este respecto ya que el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO* no examinó esta cuestión.

³¹⁸ *Ibid*, párrafo 7.781.

³¹⁹ *Ibid*, párrafo 7.787.

³²⁰ *Ibid*, párrafo 7.799.

³²¹ El párrafo 1 del artículo 12 del Acuerdo OTC estipula lo siguiente: “Los Miembros otorgarán a los países en desarrollo Miembros del presente Acuerdo un trato diferenciado y más favorable, tanto en virtud de las disposiciones siguientes como de las demás disposiciones pertinentes contenidas en otros artículos del presente Acuerdo.”

En cualquier caso, en este asunto el Grupo Especial constató que México no estableció que los Estados Unidos actuaran de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.³²² Como hemos visto, no consideró necesario analizar las alegaciones respecto al párrafo 1.

XXI. Instituciones, consultas y solución de diferencias (artículos 13 y 14)

El artículo 13 establece un Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. Algunas de sus funciones se establecen en el artículo 15. En su reunión celebrada el 15 de marzo de 2002, el Comité adoptó varias decisiones y recomendaciones en relación con su Reglamento y con la interpretación, aplicación y administración del Acuerdo, entre ellos (1) un procedimiento de notificación para los proyectos de reglamento técnico y de procedimiento de evaluación de la conformidad; (2) un procedimiento de intercambio de información sobre asistencia técnica; y (3) principios y procedimientos al elaborar normas, orientaciones y recomendaciones internacionales (según lo mencionado en los artículos 2 y 5 y en el Anexo 3 del *Acuerdo OTC* respecto de la elaboración de los reglamentos técnicos obligatorios, los procedimientos de evaluación de la conformidad y las normas voluntarias).³²³

En virtud del artículo 14.1 del *Acuerdo OTC*, el Entendimiento sobre Solución de Diferencias se aplica a las consultas y la solución de diferencias con respecto a cualquier cuestión relativa al funcionamiento del *Acuerdo OTC*, *mutatis mutandis*. En virtud del artículo 14.2, a petición de una parte en una diferencia, o por iniciativa propia, un grupo especial podrá establecer un grupo de expertos técnicos que preste asesoramiento en cuestiones de naturaleza técnica que exijan una detallada consideración por expertos.

En el asunto *CE - Amianto*, el Grupo Especial consideró que la consulta a expertos a título individual era el modo de consulta más adecuado. Consideró que la facultad de establecer un grupo de expertos con arreglo al artículo 14.2 del *Acuerdo OTC* prevé, no impone, la constitución de un grupo de esa índole con carácter exclusivo. Consideró que la facultad del artículo 14.2 del *Acuerdo OTC* no es incompatible con la facultad general, permitida de conformidad con el artículo 13 del ESD, de recurrir a una consulta de expertos a título individual.³²⁴

XXII. Resumen de puntos claves

1. El *Acuerdo OTC* se aplica a todos los productos menos las medidas sanitarias y fitosanitarias y las especificaciones de compra establecidas por instituciones gubernamentales para las necesidades de producción o de consumo de instituciones gubernamentales.

³²² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 7.804.

³²³ Véase Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio - Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité desde el 1º de enero de 1995 - Nota de la Secretaría - Revisión, Documento G/TBT/1/Rev.8.

³²⁴ Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 5.18-5.19.

2. La determinación de si una medida es un “reglamento técnico” es una cuestión preliminar para que sea aplicable el *Acuerdo OTC*. Un documento debe cumplir tres criterios para quedar comprendido en la definición de “reglamento técnico”. Primero, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable, pero el producto no tiene que estar expresamente identificado en el documento. Segundo, el documento debe establecer una o más características del producto. Tercero, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria.

3. Si hay conflicto entre el GATT u otro acuerdo multilateral sobre el comercio de mercancías y el *Acuerdo OTC*, prevalece el *Acuerdo OTC*. Sin embargo, si no hay conflicto, ambos acuerdos se aplican. Cuando se alegan violaciones del *Acuerdo OTC* y el GATT, el Órgano de Apelación analiza las alegaciones relativas al *Acuerdo OTC* primero.

4. Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.

5. Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. La jurisprudencia relativa al término “necesario” del artículo XX del GATT y del artículo XIV del AGCS sería pertinente para la interpretación de esta disposición del *Acuerdo OTC*.

6. Los Miembros utilizarán las normas internacionales pertinentes como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos. El Miembro reclamante tiene la carga de probar que una norma internacional pertinente no se ha utilizado como base del reglamento técnico y que la norma internacional pertinente es un medio eficaz y apropiado para alcanzar los “objetivos legítimos” que persigue el reglamento técnico.

7. Una norma internacional se utiliza “como base” de un reglamento técnico cuando se la utiliza como componente principal o principio fundamental a los fines de dictar el reglamento. Debe existir una vinculación muy firme y muy estrecha.

8. La expresión “un medio ineficaz o inapropiado” se refiere a dos cuestiones: (1) la eficacia de la medida y (2) la cuestión de si es o no apropiada. Un medio ineficaz significa un medio que no cumple la función necesaria para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. Un medio es inapropiado cuando no es especialmente idóneo para el logro de ese objetivo. La cuestión de la eficacia se refiere a los resultados de los medios utilizados, mientras que el carácter de apropiado atañe más bien a la naturaleza de esos medios.

Agradecimientos especiales:

A la Cátedra OMC México por financiar este proyecto

A Paola Jiménez Casanova por su apoyo en la gestión editorial de este documento.