

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO XX DEL GATT Y LA
DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA O INJUSTIFICADA: UNA REVISIÓN A
PARTIR DEL CASO BRASIL-NEUMÁTICOS REMOLDEADOS”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Internacional Económico

Autora:

AZUCENA NOEMI LOVATON ESPADIN

Asesora:

DRA. YOVANA REYES TAGLE

Miembros del Jurado:

DRA. ELVIRA MENDEZ CHANG

DRA. YOVANA REYES TAGLE

DR. VICTOR SACO CHUNG

LIMA-PERÚ

2015

DEDICATORIA

A mis padres Rolando y Nelly

Mi hermano, Rolando

Mi esposo, Juan

Con respeto y admiración

Dra. Yovana Reyes Tagle



INDICE

INDICE.....	3
RESUMEN	5
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I.- ANÁLISIS DEL PREÁMBULO DEL ARTÍCULO XX DEL GATT	10
1.1 La negociación y adopción del Preámbulo del Artículo XX del GATT en el marco del GATT 1947.....	10
1.2. La regulación de las excepciones a las restricciones cuantitativas	12
1.2.1 Una revisión de las excepciones al amparo del Artículo XX del GATT	13
1.2.2 La importancia del Preámbulo del Artículo XX del GATT como expresión del principio de buena fe	15
1.2.3 Análisis de los criterios incorporados en el Preámbulo del Artículo XX del GATT	17
1.2.3.1 Discriminación injustificable.....	20
1.2.3.2. Discriminación arbitraria	22
CAPITULO II.- LA MEDIDA DE BRASIL EN EL MERCOSUR Y LA DISPUTA EN LA OMC.....	24
2.1 La medida adoptada por Brasil respecto a la importación de neumáticos remoldeados	24
2.2 El laudo del tribunal arbitral del Mercosur respecto a la medida implementada por Brasil	27
2.3 El cumplimiento del laudo arbitral del Mercosur por parte de Brasil.....	31
2.4. El examen de la medida adoptada por Brasil en el marco de la OMC	32
2.4.1 La decisión del Grupo Especial	33
2.4.1.1. El volumen de las importaciones como criterio para determinar la discriminación	34
2.4.1.2. El apartado d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo.....	37
2.4.1.3. El artículo XXIV del GATT.....	39
2.4.2. La decisión del Órgano de Apelación	42
CAPITULO III.- EL CONFLICTO DE OBLIGACIONES ANTE LA PARTICIPACION DE LOS ESTADOS EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO Y LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES.....	50
3.1. La relación entre las normas de la Organización Mundial del Comercio y los acuerdos comerciales regionales.....	50
3.2. Los tribunales de los acuerdos comerciales y su interpretación de las normas regionales de manera coherente con el sistema multilateral del comercio	58
3.3. Cumplimiento de las normas multilaterales y regionales por parte de los Estados.....	61
3.4 La necesidad de una armonización en la interpretación de las obligaciones internacionales.....	73

CONCLUSIONES 82
BIBLIOGRAFÍA 84



RESUMEN

La participación de los Estados en los Acuerdos Comerciales Regionales y en el sistema multilateral del comercio representado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) puede dar lugar a un posible conflicto de obligaciones internacionales tal como sucedió en el caso Brasil-neumáticos remoldeados. En el año 2000, Brasil prohibió la concesión de licencias de importación de neumáticos remoldeados y usados. Dicha medida fue declarada incompatible con la normativa del Mercosur por un Tribunal Arbitral Ad hoc de dicho acuerdo comercial regional. Como consecuencia de tal decisión, Brasil eliminó dicha prohibición y estableció en el artículo 40 de la Portaria SECEX 14/04, conocida también como la Exención del MERCOSUR, que sólo se otorgarían licencias de importación para neumáticos remoldeados originarios y procedentes de los Estados Miembros del MERCOSUR. La adopción de esta medida generó que la Comunidad Europea iniciara contra Brasil un procedimiento de solución de diferencias ante la OMC, alegando la violación de diversas disposiciones del GATT de 1994.

Esta tesis analiza cómo la Exención del MERCOSUR, que fue adoptada como resultado de la decisión de un órgano jurisdiccional regional, pudo haberse justificado al amparo del preámbulo del artículo XX del GATT, al no aplicarse de una forma que daba lugar a una discriminación arbitraria o injustificable. En este sentido, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de este caso, en aplicación del principio de armonización, el Órgano de Apelación pudo haber interpretado el preámbulo del artículo XX del GATT de conformidad con la decisión del tribunal arbitral regional y de las obligaciones internacionales asumidas por el Gobierno del Brasil en el ámbito del MERCOSUR.

Este trabajo evalúa la importancia y los principales criterios que componen el preámbulo del artículo XX del GATT. Asimismo, se analiza de qué manera el tribunal regional del MERCOSUR y los órganos resolutivos de la OMC se han pronunciado respecto a medidas restrictivas a la importación de neumáticos como es el caso de la Exención del MERCOSUR. Finalmente, se estudia la existencia de doctrinas como la de la interpretación consistente o la armonización tanto en el ámbito regional como en el multilateral, y la forma cómo dichas doctrinas promueven, siempre que sea posible y

necesario, una armonización entre las obligaciones multilaterales como las existentes en el marco de la OMC, con las decisiones y obligaciones derivadas de un acuerdo comercial regional.

En el caso materia de análisis, se concluye que la aplicación del principio de armonización era válida porque se ha establecido que en la evaluación de los conceptos de discriminación arbitraria e injustificable previstos en el preámbulo del artículo XX del GATT, se pueden tomar en consideración otros factores adicionales teniendo en cuenta la naturaleza de la medida en litigio.



ABSTRACT

The participation of States in Regional Trade Agreements and in the multilateral trading system represented by the World Trade Organization (WTO) can give rise to a possible conflict of international obligations as it happened in the case of Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tires. In 2000, Brazil prohibited the granting of import licenses of retreaded and used tires. A MERCOSUR Ad Hoc Arbitral Tribunal considered that this measure was incompatible with MERCOSUR law. As a result of this decision, Brazil eliminated the prohibition and Article 40 of the Portaria SECEX 14/04, also known as the MERCOSUR exemption, provided that import licenses would only be granted for retreaded tires coming from and originating in MERCOSUR Member States. The adoption of this measure gave rise to a complaint brought by the European Community against Brazil under the WTO dispute settlement system. The European Community claimed that Brazil breached several provisions of the GATT of 1994.

This thesis analyzes how the MERCOSUR exemption, which was adopted as a result of a decision of a jurisdictional regional body, could have been justified under the framework of Article XX of the GATT, since it was not applied in a manner that resulted in arbitrary or unjustifiable discrimination. In this sense, taking into account the special circumstances of this case, on the basis of the principle of harmonization, the Appellate Body could have interpreted the preamble of Article XX of the GATT in accordance with the decision of the regional arbitral tribunal and the international obligations assumed by the Government of Brazil in MERCOSUR.

This thesis assesses the importance and the main criteria laid down in the preamble of Article XX of the GATT. Also, it analyzes the manner in which the regional tribunal in MERCOSUR and the WTO decision-making bodies ruled about the restrictive measures on the importation of tires such as the MERCOSUR exemption. Finally, this paper studies the existence of doctrines such as consistent interpretation and harmonization at the regional and multilateral level, and the manner in which they promote, whenever possible and necessary, a harmonization between multilateral obligations, for example, those obligations with the framework of the WTO, and decisions and obligations under a regional trade agreement.

The thesis concludes that the application of the principle of harmonization was valid because, as it has been demonstrated, in the assessment of the concepts of arbitrary or unjustifiable discrimination provided for in the preamble of Article XX of the GATT, additional factors can be taken into account considering the nature of the measure at issue.



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación plantea la pregunta con respecto a si la Exención del MERCOSUR que fue adoptada como resultado de la decisión de un órgano jurisdiccional regional estaba justificada o no dentro del alcance del preámbulo del artículo XX del GATT.

El trabajo está dividido en tres capítulos. El primer capítulo, aborda el estudio de los antecedentes, la importancia y los principales criterios incorporados en el preámbulo del artículo XX del GATT. El segundo capítulo, analiza cómo el tribunal del MERCOSUR y los órganos resolutivos de la OMC se han pronunciado con respecto a la medida restrictiva a la importación de neumáticos y la llamada Exención del MERCOSUR. El tercer capítulo, estudia el surgimiento de conflicto de obligaciones y cómo en el ámbito del derecho internacional se intenta evitar la colisión de obligaciones internacionales.

Esta investigación se realiza utilizando los métodos de investigación denominados inductivo, dogmático, exegético y deductivo.

Finalmente, consideramos que la denominada Exención del MERCOSUR no se aplicaba de una forma que daba lugar a una discriminación arbitraria o justificable en tanto estaba justificada al amparo del preámbulo del artículo XX del GATT. Asimismo, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de este caso, el Órgano de Apelación pudo en aplicación del principio de armonización haber interpretado el preámbulo del artículo XX del GATT de conformidad con la decisión del tribunal arbitral y de las obligaciones internacionales asumidas por el Gobierno del Brasil.

CAPITULO I.- ANÁLISIS DEL PREÁMBULO DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

1.1 LA NEGOCIACIÓN Y ADOPCIÓN DEL PREÁMBULO DEL ARTÍCULO XX DEL GATT EN EL MARCO DEL GATT 1947

Con la finalidad de poder establecer el sentido y alcance de los términos contenidos en el preámbulo del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, el GATT) y comprender la intencionalidad de las Partes Contratantes de dicho Acuerdo, resulta necesario hacer una breve referencia a la historia de la negociación del artículo XX del GATT.

En 1946 tuvo lugar el primer período de sesiones de la Comisión Preparatoria para una Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo con el objetivo de diseñar la Carta para una Organización Internacional de Comercio (OIC). Durante estas negociaciones, los Estados Unidos de América propusieron para el preámbulo del artículo 32 del Proyecto de Carta para la OIC un texto que no estaba sujeto a ninguna salvedad ni condición. Este texto luego se convertiría en el preámbulo del artículo XX del GATT.¹ Este hecho provocó una serie de reacciones por parte de los demás países negociadores los cuales sugirieron la realización de modificaciones. En este contexto, los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo declararon que debía insertarse una cláusula que limitara el uso abusivo de las excepciones² con miras a impedir la protección indirecta o evitar que éstas sean aplicadas para obtener resultados incompatibles con la finalidad prevista en los capítulos IV, V y VI.³

Asimismo, el Reino Unido⁴ opinó que las excepciones contenidas en el artículo 32 no deberían aplicarse de forma tal que constituyeran un medio de discriminación arbitraria entre países en que prevalezcan las mismas condiciones o como una restricción encubierta del comercio internacional. Esta propuesta presentada por el Reino Unido

¹ OMC, Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos. Documento WT/DS58/AB/R, p. 66-67.

² Como por ejemplo la protección de la vida o salud de los animales o preservar los vegetales.

³ Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment. Committee II: Sub-Committee for general commercial policy articles 9 - 17 and 32. Note of the Delegations of the Netherlands and of the Belgian- Luxembourg Economic Union Concerning General Commercial Policy (Articles 9 - 17 and 32). Documento E/PC/T/C.II/32, 30 de octubre de 1946.p. 11.

⁴ Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment. Committee II: Technical Sub-Committee. Documento E/PC/T/C.II/50, 13 de Noviembre de 1946.p. 7.

prosperó y fue ampliamente aceptada entre los países negociadores, aceptándose una revisión posterior del texto.⁵

Como podemos observar de la revisión de las negociaciones del trabajo preparatorio, el derecho a invocar las excepciones debía estar condicionado tanto al cumplimiento de lo previsto en el preámbulo como al cumplimiento de las obligaciones sustantivas contenidas en las disposiciones de la Carta para la OIC a fin de evitar un ejercicio indebido de las excepciones. De esta manera, la historia de la negociación del artículo XX confirma que todos los párrafos listados en el artículo XX del GATT establecen “excepciones limitadas y condicionales de las obligaciones previstas en las disposiciones sustantivas del GATT”⁶ y sujetas al cumplimiento de lo dispuesto en su respectivo preámbulo.

Durante la época del GATT de 1947, sólo dos Grupos Especiales realizaron algunas constataciones con respecto al contenido del preámbulo del artículo XX. La primera constatación tuvo lugar en el año de 1982 en el caso Estados Unidos Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá.⁷ En este caso, los Estados Unidos establecieron una prohibición a la importación de atún y productos de atún procedentes del Canadá. Una medida similar fue adoptada contra las importaciones procedentes de Costa Rica, Ecuador, México y Perú. Esta medida adoptada fue tomada como base por parte del Grupo Especial para determinar que esta discriminación “no necesariamente” era arbitraria o injustificable conforme lo establece el preámbulo del artículo XX dado que se entendía que los Estados Unidos habían tomado acciones similares no sólo contra Canadá sino también contra otros países como Perú y Ecuador. La gran interrogante planteada en este caso era el hecho de cómo debía de entenderse la expresión “no necesariamente”. Sobre el particular, Klabbbers⁸ argumenta que a pesar de que se adoptaran medidas contra varios países, bajo otras circunstancias, podía

⁵ Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment. Committee II: Report of the Technical Sub-Committee. Documento E/PC/T/C.II/54/Rev.1, 28 de Noviembre de 1946.p. 36.

⁶ OMC, Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos — Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Documento WT/DS58/AB/R, p. 67.

⁷ OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente. Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT. Nota de la Secretaría Revisión. Documento WT/CTE/W/53/Rev.1, 26 de octubre de 1998.p. 5 y 7.

⁸ KLABBERS, Jan. Jurisprudence in International Trade Law Article XX of GATT, (1992), 26 Journal of World Trade. p. 67 y 68.

considerarse la existencia de una discriminación arbitraria o injustificable. Sin embargo, este punto no fue aclarado por el Panel.

El segundo caso analizado por el Grupo Especial relativo al alcance del preámbulo del artículo XX es el asunto Estados Unidos- Importaciones de ciertos sistemas de resortes para automóviles.⁹ Esta diferencia se inicia cuando la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos, invocando la existencia de una violación de patente, emite un decreto por el cual se prohibía la importación y venta de ciertos sistemas de resortes para automóviles importados de cualquier procedencia. La adopción de esta medida fue materia de análisis por parte del Grupo Especial a fin de determinar que la medida adoptada por Estados Unidos en realidad no se aplicaba de tal manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones. Este planteamiento se produjo al tenerse en consideración que dicha medida estaba dirigida no sólo contra Canadá sino también contra todas las importaciones de cualquier procedencia.¹⁰

Como podemos apreciar, durante la época del GATT de 1947 fueron muy pocos los casos que dieron lugar a un análisis en torno al alcance e interpretación del preámbulo del artículo XX. Sin embargo, la revisión de la historia de su negociación puso en evidencia la necesidad de establecerlo a fin de evitar que los Miembros del GATT recurrieran a dichas excepciones para eludir sus obligaciones contraídas en el seno del GATT menoscabando los derechos de otros Países Miembros.

1.2. LA REGULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS

En el ámbito de la OMC, el artículo XX del GATT permite a las Partes Contratantes adoptar medidas restrictivas incompatibles con dicho Acuerdo para tratar de alcanzar objetivos tales como la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o a preservar los vegetales, la moral pública, entre otros. En primer lugar, la parte que invoca una excepción al amparo del artículo XX debe probar¹¹ que la medida

⁹ GATT, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos- Importaciones de ciertos sistemas de resortes para automóviles, Documento L/5333 - 30S/114, 11 de junio de 1982, p. 1-17.

¹⁰ OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, ob. cit., p. 7.

¹¹ OMC, Informe del Órgano de Apelación. Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Documento WT/DS2/AB/R, p. 25.

provisionalmente incompatible con las disposiciones del GATT recae en el ámbito de una de las diez excepciones dispuestas en los apartados a) hasta la j) del artículo XX. En segundo lugar, deberá demostrarse que la medida cumpla con los requisitos establecidos en el preámbulo del artículo XX a fin de evitar que los Países Miembros de la OMC usen dichas excepciones para eludir sus obligaciones asumidas en la OMC de manera que menoscaben los derechos sustantivos convencionales de otros Países Miembros.

Esta práctica establecida por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación tiene sus orígenes en la época del GATT de 1947,¹² donde efectivamente, primero se examinaba si la medida cuestionada estaba justificada por alguna de las excepciones previstas en los literales de la a) a la j) del artículo XX. De esta manera, si se determinaba que la medida no se encontraba justificada bajo dichos incisos, los Grupos Especiales u Órgano de Apelación ya no sujetaban la evaluación de la medida bajo el preámbulo del artículo XX al haberse ya constatado su incompatibilidad con el artículo XX. En este orden de ideas, cabe indicar que en el caso Camarones, el Órgano de Apelación determinó que:

“la tarea de interpretar el preámbulo en el sentido de que evita el abuso o el uso indebido de las excepciones específicas previstas en el artículo XX se hace muy difícil, si no imposible si el intérprete (el Grupo Especial, en este caso) no ha identificado y examinado en primer lugar la excepción específica amenazada de abuso.”¹³

Este doble análisis aplicado se confirma con la práctica seguida por los Grupos Especiales u Órgano de Apelación donde primero se analiza las excepciones a la luz de los apartados del artículo XX del GATT seguida de un análisis conforme al preámbulo del mismo.

1.2.1 Una revisión de las excepciones al amparo del Artículo XX del GATT

Son diez las excepciones previstas en el artículo XX del GATT. Sin embargo, teniendo en cuenta la excepción invocada en el caso Brasil-Neumáticos remoldeados, este estudio se centra en la excepción establecida en el apartado b) del referido artículo dirigido a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

¹² Este hecho explica las razones por las cuales en sólo dos casos (Atún y resorte para automóviles) se analizó el preámbulo del artículo XX en la época del GATT de 1947.

¹³ OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, ob. cit., p. 4.

Como se ha indicado anteriormente, una medida contraria a las disposiciones del GATT puede estar provisionalmente justificada al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT, cuando es necesaria para proteger “la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”.¹⁴ Ante la existencia de un hecho que represente un riesgo para la salud y la vida, es necesario evaluar si la política en el marco de la cual se adopta una medida en litigio está destinada precisamente a reducir ese riesgo detectado.¹⁵ A fin de justificar la medida acorde con los términos esta excepción, se deben de analizar algunos elementos. Sobre el particular, el Grupo Especial en el asunto Estados Unidos - Gasolina, estableció los siguientes requisitos:

“1) que la política a que correspondían las medidas respecto de las que se alegaba la disposición estaban incluidas en el grupo de las políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o a preservar los vegetales; 2) que las medidas incompatibles respecto de las que se alegaba la excepción eran necesarias para alcanzar el objetivo de esa política; y 3) que las medidas se aplican de conformidad con las prescripciones de la cláusula de introducción del artículo XX.”¹⁶

De esta manera, en primer lugar, se deberá analizar si la política declarada por el País Miembro en el sentido de reducir la exposición a los riesgos para la salud y la vida de las personas y animales o la preservación de las plantas forma parte del grupo de políticas destinadas a proteger lo previsto en el apartado b) del artículo XX. En segundo lugar, uno de los aspectos que más debate ha suscitado, ha de tenerse en cuenta la “prueba de la necesidad”. Este examen está dirigido a determinar si la medida en litigio es necesaria o no en el sentido del apartado b) del artículo XX. Al respecto cabe señalar que el Grupo Especial en el asunto Tailandia – Cigarrillos definió el concepto de “prueba de la necesidad” que se aplicaba en concordancia con el apartado b) del artículo XX en los siguientes términos:

"las restricciones a la importación impuestas por Tailandia sólo podían considerarse 'necesarias' en el sentido del apartado b) del artículo XX si Tailandia no tenía razonablemente a su alcance otra medida compatible con el Acuerdo General, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar sus objetivos de política sanitaria".¹⁷

¹⁴ Artículo XX b) del GATT.

¹⁵ FERNANDEZ EGEA, Rosa. El asunto Amianto. Por fin una solución saludable. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2001.pp. 236-243.

¹⁶ OMC, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Documento WT/DS2/R, párrafo 6.20.

¹⁷ OMC, Informe del Grupo Especial. Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas. Documento WT/DS371/R, párrafo 75.

Asimismo, en el respectivo análisis se tienen en cuenta otros factores¹⁸ tales como:

(1) la importancia del objetivo perseguido, que en este caso estaría constituido por la protección de la vida y salud de las personas y animales y la preservación de los vegetales;

(2) la contribución de la medida a la realización de los fines, es decir, se analizará si la medida en litigio contribuye a la realización de la política perseguida en la protección de la salud y la vida de las personas y los animales y la preservación de los vegetales frente a la existencia de los riesgos para la Parte Contratante que alega la excepción;

(3) los efectos restrictivos de la medida.

1.2.2 La importancia del Preámbulo del Artículo XX del GATT como expresión del principio de buena fe

La importancia del preámbulo radica en evitar que los Países Miembros de la OMC utilicen las excepciones establecidas en los apartados del a) hasta la j) del artículo XX del GATT para eludir sus obligaciones en el marco de la OMC de manera que menoscaben los derechos convencionales de otros Miembros. Se busca establecer un balance entre el derecho¹⁹ substantivo que el GATT de 1994 le otorga a un País Miembro y el derecho a solicitar una excepción de otro País Miembro, evitándose de esta manera el abuso de las excepciones.

En este sentido, las excepciones contempladas en el GATT deberán aplicarse de manera razonable con el objetivo de impedir el abuso o uso indebido de las mismas, lo cual implica que se tenga en cuenta tanto las obligaciones legales de la parte que invoca la excepción como los derechos legales de las demás partes interesadas.²⁰ De lo contrario, como ha sido sostenido, “equivaldría permitir a ese Miembro degradar sus propias

¹⁸ OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil- Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R, p. 210.

¹⁹ Como por ejemplo lo establecido en el artículo XI del GATT.

²⁰ OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 26.

obligaciones convencionales y devaluar los derechos convencionales de otros Miembros”.²¹

Si bien existe el derecho de una Parte Contratante a invocar las excepciones previstas en el artículo XX del GATT, como señala el Grupo Especial en el caso Estados Unidos – Camarones, el ejercicio de este derecho:

“no puede frustrar ni dejar sin efecto los fines y objetivos del Acuerdo General y del Acuerdo sobre la OMC ni las obligaciones que le corresponden en virtud de las normas sustantivas del GATT”.²²

En consecuencia, debe existir un adecuado balance entre el derecho de un Miembro a invocar una excepción prevista en el artículo XX y el deber de respetar el derecho de los demás Miembros de modo que, como ha sido sostenido por el Órgano de Apelación:

“ninguno de los derechos en conflicto suprimirá el otro y de esa forma distorsionará, anulará o menoscabará el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido en ese Acuerdo”.²³

Por consiguiente, a fin de que no se afecte la previsibilidad y seguridad del sistema, un Miembro puede invocar el artículo XX, apartándose de determinadas disposiciones sustantivas del GATT de 1994, sólo cuando al hacerlo no menoscabe el sistema multilateral de comercio de la OMC.²⁴

La importancia del preámbulo del artículo XX radica en ser, desde un punto de vista tradicional, una expresión del principio de buena fe.²⁵ El Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos – Camarones resume los alcances de este principio de la siguiente manera:

“una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de

²¹ OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 66.

²² OMC, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Documento WT/DS58/R, p. 335.

²³ Ibid., p. 68.

²⁴ OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, ob. cit., p. 11.

²⁵ Esta interpretación del Chapeau fue adoptada por primera vez en el Informe del Órgano de Apelaciones en el caso Estados Unidos-gasolina OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 26.

un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado.”²⁶

En resumen, el ejercicio de un derecho que afecte el derecho conferido a otra Parte Contratante en virtud del tratado se considera incompatible con el principio de buena fe.

1.2.3 Análisis de los criterios incorporados en el Preámbulo del Artículo XX del GATT

La determinación del alcance del preámbulo del artículo XX del GATT ha sido y sigue siendo materia de controversia.²⁷ Rosa Fernandez²⁸ describe al respecto que:

“En 1969 Jackson realizó un primer análisis del art. XX, ya entonces puso de manifiesto el lenguaje ambiguo y la terminología enrevesada al cuestionarse qué se quería decir con “discriminación arbitraria e injustificable o restricción encubierta”. Treinta años después, parecen existir las mismas dudas.”

Al parecer los Grupos Especiales por mucho tiempo prefirieron no abordar el análisis de los elementos del preámbulo y, en su lugar, ha sido el Órgano de Apelación quien ha buscado dar una definición de amplio alcance a los términos del chapeau. En este contexto, el Órgano de Apelación ha manifestado que en realidad existen muchos conceptos que se superponen y son difíciles de separar.²⁹ Por ejemplo, el Órgano de Apelación no ha definido de manera específica los conceptos de discriminación³⁰

²⁶ Ibid., p. 67 y 68.

²⁷ SPIEGEL FELD, Danielle y SWITZER, Stephanie. Whither Article XX? Regulatory Autonomy Under Non-GATT Agreements After China—Raw Materials & Stephanie Switzer. *The Yale Journal of International Law Online*. Vol. 38, 2012. p. 19-21.

²⁸ FERNANDEZ EGEA, Rosa, ob. cit., p. 244.

²⁹ HUDEC, Robert E. GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test. *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3. Symposium on the First Three Years of the WTO Dispute Settlement System (1998). p. 638.

³⁰ Un tema que ha suscitado la discusión tanto en los Grupos especiales, el Órgano de Apelación como en la doctrina es el referente a si la discriminación a que se hace referencia en el preámbulo del artículo XX es la misma o es distinta a la discriminación en el trato dado a los productos cuya incompatibilidad pudiera haberse ya constatado con alguna de las obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994 tales como las previstas el artículo I y III del GATT. En la mayoría de los Informes se ha determinado que dicha discriminación es distinta y sui generis. Sin embargo, este tema no ha estado exento de dificultades y ha dado lugar a distintas interpretaciones. Véase al respecto, BARTELS Lorand. “The Chapeau of Article XX GATT: A New Interpretation”. *Legal Studies Research*, University of Cambridge, paper N° 40/2014, Julio 2014. p. 10-11; OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, ob.

arbitraria o injustificada sino que ha optado por insistir en que ambos estándares se dan sentido el uno al otro.³¹ En el caso Estados Unidos- Gasolina, el Órgano de Apelación consideró que:

“Por consiguiente, "discriminación arbitraria", "discriminación injustificable" y "restricción encubierta" al comercio internacional pueden interpretarse en aposición; se dan sentido recíprocamente.”³²

Del mismo modo, el Grupo Especial en el caso Comunidades Europeas- Focas ha sostenido lo siguiente:

“observamos que, en diferencias anteriores³³, las dos primeras situaciones (refiriéndose a la discriminación arbitraria o la discriminación injustificable) se han tratado frecuentemente de forma conjunta”.³⁴

De esta manera, cuando el Grupo Especial u Órgano de Apelación realizan el examen contemplado en la cláusula introductoria, van a analizar los conceptos de discriminación arbitraria y discriminación injustificable de manera conjunta. Resulta ilustrativo mencionar que los miembros que conformaron el Órgano de Apelación en el caso Comunidades Europeas- Focas mostraron su preocupación con respecto al régimen de la Unión Europea sobre un proceso de expedición de certificados a cargo de organismos que gozaban de amplias facultades discrecionales. Asimismo, en dicho caso surgía el temor que:

cit., p. 9; OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 62; OMC, Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas- Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. Documento WT/DS135/R, p. 540; OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 26 y 27; OMC, Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas. Documento WT/DS400/R WT/DS401/R, p. 28.

³¹ YA QIN, Julia. Defining nondiscrimination under the law of the World Trade Organization, Boston University International Law Journal. Vol. 23:215. p. 262.

³² OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 29.

³³ Véase, por ejemplo, OMC, Informe del Órgano de Apelación. Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Documento WT/DS2/AB/R; OMC, Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos — Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Documento WT/DS58/AB/R. para.5 artículo 21; OMC, Informe del Órgano de Apelación. Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Documento WT/DS285/AB/R; OMC, Informe del Órgano de Apelación. Brasil- Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R; OMC, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos- Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Documento WT/DS285/R; OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil- Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R; OMC, Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas - Preferencias arancelarias; OMC, Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas- Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. Documento WT/DS135/R.

³⁴ OMC, Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas. Documento WT/DS400/R y WT/DS401/R, p. 199.

“los productos derivados de las focas procedentes de lo que de hecho debería ser correctamente caracterizado como cacerías "con fines comerciales" podrían entrar en el mercado de la UE al amparo de la excepción CI³⁵. En consecuencia, en virtud de su diseño, el régimen de la UE para las focas podría aplicarse de manera que constituyera un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalecieran las mismas condiciones.”³⁶

Como podemos observar, en el mencionado caso no hubo un análisis disgregado con respecto a qué se entendía por arbitrario o por injustificado sino que la conclusión a la que se arribó abarcaba en su conjunto los dos criterios.

No obstante lo antes expuesto, dicha forma de análisis o práctica no es absoluta. Esto se evidencia por el hecho que existen Informes de los Grupos Especiales o del Órgano de Apelación que teniendo en cuenta la medida en litigio y las circunstancias del caso, han clasificado o determinado qué conductas u hechos pueden constituir una discriminación injustificada o una discriminación arbitraria. Para estos efectos, se llevó a cabo un análisis de cada una de estas categorías, pudiendo a posteriori “esos ejemplos³⁷ proporcionar valiosas ilustraciones de lo que podría constituir que la discriminación fuera injustificable”³⁸ o lo que podría ser considerado como una discriminación arbitraria en el sentido del preámbulo del artículo XX. Estos casos serán desarrollados con mayor detalle a continuación. Finalmente debemos mencionar que hay otros casos en los que se evidencia una combinación de ambos análisis.³⁹

³⁵ La exención de la Comunidad Inuit dispone que se "permitirá la comercialización de productos derivados de la foca únicamente cuando procedan de la caza tradicional practicada por las comunidades inuit y otras comunidades indígenas, y contribuyan a su subsistencia. Estas condiciones se aplicarán en el momento o lugar de importación de los productos importados". Sobre este tema véase OMC, Informe del Órgano de Apelación. Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas. Documento WT/DS400/R y WT/DS401/R, p. 211.

³⁶ Ibid., p. 213 y 214.

³⁷ OMC, Informe del Grupo Especial, ob. cit., p. 261. Consideramos “ejemplos” dado que lo que adecuadamente puede calificar como una discriminación arbitraria para una medida no puede serlo en relación con otra medida. De esta manera, el Grupo Especial en Brasil-neumáticos remoldeados ha manifestado: “No damos por sentado, sin embargo, que exactamente los mismos elementos serán necesariamente determinantes, en cualquier situación, para evaluar si la discriminación es en un caso dado “arbitrario” o “injustificable”. Del mismo modo, véase OMC, Informe del Órgano de Apelación, Estados, ob. cit., p., 48.

³⁸ Ibid., p. 261.

³⁹ Ibid., p. 260 -268.

1.2.3.1 Discriminación injustificable

No existe una definición o criterio claro y uniforme con respecto a cómo los Grupos Especiales u Órgano de Apelación conceptualizan el término discriminación injustificable. La imprecisión de este término ha llevado a que su alcance se vaya delineando casuísticamente, es decir, teniendo en consideración la medida en litigio y las circunstancias de cada caso. Por su parte, en aplicación del artículo 31° de la Convención de Viena se debe iniciar el análisis de la expresión “injustificable” teniendo en cuenta el sentido corriente que ha de atribuirse a este término, el mismo que significaría aquello que no es justificable, indefendible. Lo contrario a este término sería aquello que se puede justificar legal o moralmente, que puede demostrarse que es justo, razonable o correcto o aquello que es defendible.⁴⁰

Aclarado el sentido corriente de dicho término, se analizan algunos Informes de los Grupos Especiales los cuales expresamente han tratado de dilucidar el alcance del término discriminación injustificada. Puede observarse cómo el Grupo Especial en el asunto Estados Unidos- Camarones determinó que el hecho que Estados Unidos haya establecido una prohibición a la importación de camarones de manera unilateral y no consensuada constituía una discriminación injustificada. Esta constatación se sostuvo considerando que la propia medida en litigio instaba a entablar negociaciones con otros países a fin de establecer acuerdos y medidas concertadas destinadas a la protección y conservación de recursos marinos como las tortugas. En base a esto, se concluyó que este hecho “acentúa la influencia perturbadora y discriminatoria de la prohibición de las importaciones y subraya su naturaleza injustificable”.⁴¹

Asimismo, en el mencionado caso se agrega que la medida en litigio constituía una discriminación injustificable dado que el procedimiento de certificación, cuya obtención permitía a los países importar camarones a Estados Unidos, carecía de flexibilidad, dado que no se tuvo en cuenta las diferentes condiciones existentes en los territorios de los Miembros exportadores ni las políticas propias que habían adoptado los países exportadores para la protección y conversación de las tortugas. En el presente caso se adoptó la posición de que la medida en litigio requería que los:

⁴⁰ Ibid., p. 265. Definición tomada de The shorter Oxford English Dictionary, volumen II. p. 3450 mencionada en el punto 7.259 del Informe del Grupo Especial.

⁴¹ OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 77.

“Miembros de la OMC que adopten un programa reglamentario que no sea simplemente *comparable*, sino *esencialmente el mismo*, que el que se aplica a los arrastreros estadounidenses que se dedican a la pesca del camarón. En consecuencia, el efecto de la aplicación del artículo 609 es establecer una norma rígida e inflexible en virtud de la cual los funcionarios estadounidenses determinan si los países recibirán o no un certificado, concediendo o denegando de esa forma a otros países el derecho de exportar camarones a los Estados Unidos”.⁴²

Por consiguiente, la inflexibilidad con la que se adopta la medida también resulta ser un criterio para la determinación de lo injustificable.⁴³ Dicho enfoque fue tomado en el análisis del Grupo Especial en el caso Camarones (párrafo 5 del artículo 21), en donde se consideró que:

“los Estados Unidos, al definir y aplicar unilateralmente los criterios para aplicar el artículo 609 no tomaron en cuenta las diferentes situaciones que pueden existir en los países exportadores. En otros términos, los Estados Unidos no aplicaron el criterio relativo a la 'discriminación injustificada' al aplicar el mismo régimen a los camarones nacionales y a los extranjeros.”⁴⁴

A diferencia de estos casos, en el asunto Estados Unidos- Gasolina, el concepto de discriminación injustificable va ligado a la situación de la previsibilidad de un resultado discriminatorio en la aplicación de la medida. De ser ese el caso, se trataría sin duda de un supuesto de discriminación injustificable. El Órgano de Apelación argumentó sobre el particular que:

“la discriminación resultante debía haberse previsto y no fue meramente involuntaria o inevitable. A la luz de lo que antecede, concluimos que las normas para el establecimiento de líneas de base contenidas en la Reglamentación sobre Gasolinas constituyen, en su aplicación, una "discriminación injustificable".⁴⁵

Estos casos nos proporcionan valiosas ilustraciones⁴⁶ de lo que podría entenderse como una discriminación injustificable en el sentido del preámbulo del artículo XX. Sin embargo, debemos tener en cuenta lo expresado por el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos - Camarones donde considera que lo que adecuadamente se puede calificar de discriminación injustificable “con relación a una categoría de medidas puede no serlo con respecto a otro grupo o categoría de medidas.”⁴⁷ Esta constatación

⁴² Ibid., p. 70 y 71.

⁴³ Ibid., p. 261.

⁴⁴ OMC, Informe del Grupo Especial, ob. cit., p. 89.

⁴⁵ OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 33.

⁴⁶ Ibid., p. 261.

⁴⁷ Ibid., p. 48.

implica que el análisis respecto a si una medida constituye una discriminación injustificable o no se efectuará caso por caso.

1.2.3.2. Discriminación arbitraria

Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación tampoco han definido o establecido un criterio claro y uniforme con respecto al concepto de discriminación arbitraria.

Los alcances de este concepto se determinarán según la medida en litigio y las circunstancias de cada caso. Tomando como punto de referencia la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena, el sentido corriente del término arbitrario⁴⁸ resulta ser:

“ (1) dependiente de la voluntad o arbitrio; (2) basado en meras opiniones o preferencias, en oposición a la naturaleza real de las cosas; caprichoso, impredecible, ilógico o (3) Irrestricto en el ejercicio de la voluntad o la autoridad; despótico, tiránico”.⁴⁹

En el caso Estados Unidos-Camarones, la medida adoptada por Estados Unidos prohibía la importación de camarones capturados con tecnologías de pesca comercial que ocasionaban daños o perjuicios para las tortugas marinas, salvo las procedentes de aquellos países que tuvieran un certificado que les exigía adoptar un programa reglamentario igual al establecido en Estados Unidos.⁵⁰ Dicha medida adoptada por los Estados Unidos no tomaba en consideración si dicho programa requerido era apropiado para las condiciones específicas del país exportador. Teniendo en cuenta las características de este caso, el Órgano de Apelación estableció que dicha medida:

“en su aplicación, impone una prescripción única, rígida e inflexible... además los funcionarios que formulan la determinación selectiva a la certificación en cumplimiento de esas disposiciones proceden con poca o ninguna flexibilidad. A nuestro juicio esta rigidez e inflexibilidad también constituye una “discriminación arbitraria” en el sentido del preámbulo.”⁵¹

⁴⁸ El Grupo Especial en el caso Camarones (párrafo 5 del artículo 21), estableció que el sentido corriente del término arbitraria más apropiado en el contexto del preámbulo del artículo XX del GATT es caprichoso, imprevisible, ilógico. Esta definición desarrollada por el Grupo Especial se encuentra contenida en *The New Shorter Oxford Dictionary* (1993), p. 107.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 265. Esta definición ha sido tomada de, *The shorter Oxford English Dictionary* (1993), volumen I, p. 109.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁵¹ *Ibid.*, p. 79 y 80.

Asimismo, en el análisis del concepto de discriminación arbitraria se toma en cuenta que el procedimiento de certificación establecido por los Estados Unidos se caracterizaba por ser de carácter informal,⁵² sin contar con las debidas garantías procesales. Se consideró que este hecho podría dar lugar a negarle a un país exportador su derecho a acceder a la certificación que le permita exportar camarones a los Estados Unidos. Con estos elementos de juicio, se determinó que esos hechos constituían una discriminación arbitraria en el sentido del preámbulo del artículo XX del GATT.

A partir de las constataciones realizadas por el Grupo Especial u Órgano de Apelación se puede observar que el concepto de discriminación arbitraria o injustificable continúa siendo ambiguo. Además, los criterios establecidos en un caso pueden variar en otro caso en atención a las circunstancias particulares del mismo.



⁵² Ibid., p. 81.

CAPITULO II.- LA MEDIDA DE BRASIL EN EL MERCOSUR Y LA DISPUTA EN LA OMC

2.1 LA MEDIDA ADOPTADA POR BRASIL RESPECTO A LA IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS

La legislación restrictiva contra los neumáticos remoldeados fue la causa principal que llevó al Brasil a un procedimiento de solución de diferencias no sólo ante el tribunal del MERCOSUR sino también ante la OMC. Como sostiene Lavranos,⁵³ cabe explicar brevemente la razón principal que llevó a Brasil a adoptar esta medida.

Una de las enfermedades más graves y comunes en Brasil es la denominada fiebre del dengue la cual constituye una infección viral transmitida por medio del mosquito conocido como *Aedes aegypti* localizado en las regiones tropicales y subtropicales de todo el mundo y que se ha convertido en un importante problema⁵⁴ de salud pública internacional.⁵⁵

En el Brasil, los más de 100 millones⁵⁶ de neumáticos de desecho dispersos por todo el país constituían el principal criadero fértil para los mosquitos que transmiten esta enfermedad.⁵⁷ Varios estudios⁵⁸ realizados en diversos Estados del Brasil como Sao Paulo, Espírito Santo y Paraná concluyeron que los neumáticos constituían el criadero preferido de los mosquitos transmisores del dengue y de la fiebre amarilla.

En Brasil, en el año 1994 se registraron 54,453.00 casos de dengue y para el 2002 la epidemia aumentó en 780,644.00 casos.⁵⁹ Durante el decenio de 1990, la rápida proliferación de enfermedades como el dengue, la fiebre amarilla y el paludismo en el Brasil coincidió con el aumento de las importaciones de neumáticos usados y

⁵³ LAVRANOS Nikolaos. The Brazilian tyres case: A case-study of multilevel judicial governance. European University Institute, working papers MWP 2009/41 Max Weber Programme multilevel judicial governance between global and regional economic integration systems: institutional and substantive aspects. p. 6 y 7.

⁵⁴ FIGUEIREDO, Luis. "Dengue in Brazil: Past, Present and Future Perspective", 27 Dengue Bulletin (2003), p. 25.

⁵⁵ Organización Mundial de la Salud. Dengue and severe dengue. Nota descriptiva N° 117 Mayo 2015. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs117/es/>.

⁵⁶ LAVRANOS Nikolaos, ob. cit., p. 3.

⁵⁷ FONTENILLE D y SCHAFFNER F. Le tour du monde d'un moustique, Sciences au Sud, le journal de l' Institut de Recherche pour le Développement. N°34, mars-avril, (2006) Vol. 7. p. 3.

⁵⁸ Con respecto a estos estudios véase OMC, Informe del Grupo Especial, ob. cit., p.194.

⁵⁹ Organización Mundial de la Salud, ob. cit.

remoldeados,⁶⁰ observándose que de 151,593 neumáticos importados hacia el Brasil en 1990, la cifra incrementó a 3'293,662 en el año 2001.⁶¹

Ante estas circunstancias, en el año de 1991 el Gobierno de Brasil decide frenar la importación del principal criadero del mosquito *Aedes aegypti*, es decir, los neumáticos usados. Por este motivo, con la Portaria del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) 8 del 13 de mayo de 1991, Brasil prohibió la importación de bienes de consumo usados, como los “neumáticos usados”.⁶² Posteriormente, se adopta la Portaria No. 1, del 9 de enero de 1992, que permite la importación de neumáticos usados como materia prima para la industria de recauchutaje con un procedimiento de control del destino de los neumáticos. A su vez, el Gobierno de Brasil adopta la Portaria No. 18/92, del 13 de julio de 1992 que derogó la Portaria anterior, introduciéndose nuevamente la aplicación de la Portaria No. 8/91 y por consiguiente, la prohibición de importación de neumáticos usados.

El 25 de setiembre de 2000, la Portaria de la Secretaria de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (SECEX) No.8/00 derogó la Portaria No. 18/92 de la DECEX y dispuso que no se concederían:

“licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados clasificados en la posición 4012 de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM), sea para consumo o uso como materia prima como asimismo por otros actos normativos o medidas que directa o indirectamente impidan el acceso de esas mercaderías al mercado brasileño”.⁶³

Lo dispuesto en la mencionada Portaria se configuraría como la primera medida en la que se prohíbe expresamente la importación al Brasil de neumáticos recauchutados,⁶⁴ clasificados en la partida 4012 de la Nomenclatura Común del MERCOSUR.⁶⁵

⁶⁰ Respuestas de las Partes a las preguntas formuladas por el Grupo Especial; Anexo N° 1; Pregunta 11. OMC, Informe del Grupo Especial, ob. cit., p. 453.

⁶¹ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) de Brasil. Información disponible en: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/index.php?area=5>.

⁶² *Ibid.*, p. 5.

⁶³ Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR. Laudo VI, Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes de Uruguay. p. 3.

⁶⁴ En esta sección mencionamos el término neumático recauchutado en referencia al contenido exacto de lo expresado en la Portaria No.8/00. Posteriormente se va a precisar los alcances de los términos recauchutados y remoldeados.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 4.

Como puede observarse, antes de la emisión de la Portaria No.8/00, sólo estaba prohibida la importación de neumáticos “usados” clasificados en la Subposición NCM 4012.20 mediante la Portaria No 8/91; sin embargo, no se prohibía la importación de los neumáticos “recauchutados” clasificados en la Subposición NCM 4012.10. Como resultado de la adopción de la Portaria N° 8/00, se prohíbe de manera general la importación de los neumáticos clasificados en la partida 4012 de la Nomenclatura Común del MERCOSUR. En consecuencia, la prohibición no sólo abarcaba a los neumáticos usados sino también se incluía a los recauchutados.

A fin de evitar confusiones futuras con los términos neumáticos usados, recauchutados y remoldeados, se precisa el significado de cada uno de dichos términos. El término neumáticos usados alude a un producto que ha sido objeto de algún uso y/o ha sufrido algún tipo de desgaste.⁶⁶ Esta es una categoría amplia que agrupa a los neumáticos que no pueden ser utilizados en vehículos por no satisfacer los requisitos mínimos aplicables a la banda de rodadura pero que pueden ser recauchutados. Además, se incluye a los neumáticos parcialmente desgastados y a los neumáticos gastados que ya no son utilizables ni recauchutables razón por la cual deben eliminarse.⁶⁷ Cabe indicar que los neumáticos usados están clasificados en la subpartida 4012.20 del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (SA).

Por el contrario, el término neumático recauchutado se refiere a neumáticos usados que han sido reacondicionados para seguir siendo utilizados, sustituyéndose la banda de rodadura gastada del esqueleto (la cubierta) por material nuevo en forma de una nueva banda de rodadura y, a veces, por material nuevo que cubre también partes o la totalidad de los flancos.⁶⁸ Los neumáticos recauchutados difieren de los neumáticos nuevos, por un lado, porque se producen utilizando cubiertas de neumáticos usadas, por lo que en esa medida no son considerados “nuevos” y por otro lado, porque tienen una vida útil más corta que los neumáticos nuevos. Asimismo, se diferencian de los neumáticos de desecho dado que éstos han llegado al final de su vida útil y terminan como desechos.⁶⁹

Hay tres tipos de neumáticos recauchutados comprendidos en el término genérico recauchutado los cuales son: el remoldeados o método talón a talón, los rechapados y

⁶⁶ Ibid., p. 310.

⁶⁷ Ibid., p. 309.

⁶⁸ Ibid., p. 2.

⁶⁹ Ibid., p. 189.

los rechapados con solapamiento. El "remoldeado" se caracteriza por la sustitución de la banda de rodadura y el flanco, incluida la totalidad o parte de la zona baja del neumático. Por su parte, en el "rechapado" se sustituye únicamente la banda de rodadura; y en el "rechapado con solapamiento" se da la sustitución de la banda de rodadura y parte del flanco.⁷⁰ Los neumáticos recauchutados están clasificados en las partidas 4012.11 (automóviles de turismo), 4012.12 (autobuses y camiones), 4012.13 (aeronaves) y 4012.19 (los demás tipos de neumáticos) del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (SA).

A pesar que la Portaria N° 8/00 hace referencia al término neumático recauchutado, la controversia surgida en el ámbito del MERCOSUR afectaba únicamente a los neumáticos remoldeados.⁷¹ Esto se debió a que el tribunal arbitral del Mercosur limitó su decisión sólo a este tipo de neumáticos.⁷²

A continuación analizaremos la decisión del tribunal arbitral del MERCOSUR con respecto al reclamo iniciado por Uruguay a raíz de la adopción por parte del Brasil de la Portaria N° 8/00 que prohibió la importación de neumáticos recauchutados y usados clasificados en la posición 4012 de la Nomenclatura Común del Mercosur.

2.2 EL LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL DEL MERCOSUR RESPECTO A LA MEDIDA IMPLEMENTADA POR BRASIL

El 27 de agosto de 2001 Uruguay⁷³ inició un procedimiento arbitral contra el Brasil de conformidad con el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia⁷⁴ cuestionando la adopción de la Portaria SECEX No.8/00 de 25 de setiembre de 2000 la misma que dispuso la no concesión de licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados

⁷⁰ OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., p. 55.

⁷¹ Ibid., p. 310.

⁷² Esta información se extrae de las conclusiones a las que arribó el tribunal arbitral y de la pregunta N° 2 que formuló el Grupo Especial a las partes. Ibid., p. 310.

⁷³ Uruguay y Paraguay eran los únicos países del MERCOSUR que exportaban neumáticos remoldeados al Brasil. Este hecho explica la razón de la interposición de su reclamo ante el tribunal arbitral; sin embargo, a diferencia de otros proveedores como la Unión Europea, su capacidad de producción era bastante limitada. Véase en LAVRANOS, Nikolaos, ob. cit., p. 9.

⁷⁴ El artículo 7. 1 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del MERCOSUR establece que: "Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos referidos en los capítulos II y III, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el presente Protocolo".

clasificados en la posición 4012 de la Nomenclatura Común del Mercosur, tanto para bienes de consumo como para materia prima.⁷⁵

El tribunal arbitral observa que entre los años 1991 al 2000, Uruguay exportaba hacia el Brasil neumáticos remoldeados sin ningún inconveniente, debido a que la Portaria No 8/91 de 13 de mayo de 1991 sólo prohibía la importación de neumáticos “usados” (NCM 4012.20) más no la importación de los neumáticos “recauchutados” (NCM 4012.10), entre los cuales se encontraban los remoldeados. Durante este periodo, las importaciones del Uruguay se habían llevado a cabo sin ningún inconveniente.⁷⁶ Este criterio era consistente con la Nomenclatura Común del Mercosur que clasificaba a los neumáticos “recauchutados” en la Subpartida 4012.10 y a los neumáticos “usados” en la Subpartida 4012.20,⁷⁷ por lo que podía entenderse el por qué Uruguay había podido seguir importando neumáticos remoldeados. En efecto, este tipo de producto estaba clasificado en una Subpartida distinta a la de los neumáticos usados los cuales se encontraban prohibidos.

Al existir una exportación continua e ininterrumpida de neumáticos remoldeados por parte de Uruguay hacia el Brasil durante un periodo prolongado de casi 10 años, el tribunal entiende que las autoridades brasileñas nunca consideraron a los neumáticos remoldeados como neumáticos usados, y por lo tanto, no debían ser incluidos en la prohibición de importación que alcanzaba a los neumáticos usados. Asimismo, la admisión por las autoridades brasileñas de las importaciones de neumáticos remodelados,⁷⁸ expresaba una práctica interna, por lo que este hecho confirmaría la interpretación esgrimida por parte de Uruguay⁷⁹ sobre el verdadero alcance de la Portaria No. 8/91.

Asimismo, el tribunal arbitral toma en cuenta la Decisión N° 22/00 sobre “Acceso a los Mercados” del Consejo del Mercado Común, aprobada el 29 de junio de 2000, que dispuso que “Los Estados Partes no adoptarán ninguna medida restrictiva al comercio recíproco, cualquiera sea su naturaleza, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 2 literal

⁷⁵ Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR, ob. cit., p. 3.

⁷⁶ Ibid., p. 4.

⁷⁷ Ibid., p. 7.

⁷⁸ Ibid., p. 22.

⁷⁹ Con la dación de la Portaria No.8/00, Brasil introdujo una nueva prohibición.

b) del Anexo I al Tratado de Asunción”.⁸⁰ A la fecha de aprobación de la Decisión 22/00, no existía en la legislación interna de Brasil medida alguna que prohibiera específicamente las importaciones de neumáticos remoldeados provenientes de los Estados Miembros del MERCOSUR. Por tal motivo, con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha Decisión, Brasil estaba impedido de adoptar nuevas restricciones al comercio de bienes usados a parte de las establecidas en la Portaria N° 8/91. Sin embargo, como se constata en el caso, Brasil había adoptado la Portaria No.8/00 que prohibía de manera general las importaciones de neumáticos clasificados en la Posición NCM 4012. Esto significaba que dicha prohibición abarcaba tanto a los neumáticos usados como a los remoldeados, constituyéndose una nueva restricción al comercio de bienes usados en violación de la Decisión N° 22/00.

Por otro lado, el Tribunal añade que aun cuando por medio de la Resolución 109/94 MERCOSUR los Estados Miembros del MERCOSUR estaban facultados a regular en sus legislaciones internas lo referente a la circulación intra-zona de bienes usados,⁸¹ la Resolución 109/94 MERCOSUR debía aplicarse conjuntamente con la Decisión 22/00. Se sostiene que de conformidad con lo establecido por la Decisión 22/00, la facultad que tienen los Miembros de regular en sus legislaciones internas lo referente a la circulación intra-zona de bienes usados está condicionada al hecho de que no se puedan imponer nuevas restricciones al comercio sobre dicho bienes.⁸²

Otro tema que es abordado por el tribunal arbitral se refiere a la violación a los principios generales de derecho y específicamente el principio estoppel configurado por la Portaria N° 8/00.⁸³ El tribunal consideró que Brasil había violado este principio debido a la existencia de una importación continua de neumáticos remoldeados

⁸⁰ Ibid., p. 26.

⁸¹ Ibid., p. 26.

⁸² Ibid., p. 27.

⁸³ Este principio previsto en el artículo 45 literal b) de la Convención de Viena es vinculado a la buena fe y se basa en la existencia de una conducta previa y constante desarrollada en una serie de actos por parte de un Estado. Dicha conducta posteriormente impide al Estado contradecir o conducirse en sentido contrario a ese comportamiento previo dado que se estaría violando la justa expectativa de la existencia de una obligación de naturaleza internacional por parte de otro Estado. Véase el Laudo Arbitral del MERCOSUR entre Uruguay y Argentina, sobre Prohibición de importación de neumáticos remoldeados del 25 de octubre del 2005, párrafo 83, donde se cita a Oscar Schachter. Droit International, Bilan et Perspectives, org. Mohammed Bedjaoui, Tomo 1, Paris, 1991. En dicho Laudo se ha manifestado sobre este principio lo siguiente: “Schachter entiende la aplicación del principio cuando una parte que se compromete de buena fe a adoptar un cierto comportamiento o a reconocer una determinada situación jurídica, se torna impedida por el estoppel de proceder en contradicción con ese compromiso o con esos actos, si las otras partes tienen razonablemente fundado su propio comportamiento en ese compromiso”.

precedentes de Uruguay la misma que fuera interrumpida en el año 2000.⁸⁴ Por lo tanto, el tribunal recuerda las consecuencias perjudiciales que resultan cuando se produce un cambio de actitud de un Estado que había creado una expectativa legítima en otro Estado,⁸⁵ más aún, cuando en el presente caso se comprueba que hubo una constante importación y un incremento del flujo comercial entre Uruguay y Brasil a lo largo de casi 10 años. Por otro lado, en el procedimiento se prueba que:

“diversos órganos del Estado brasileño –entre los que se cuenta una dependencia de la Secretaría da Receita Federal-, adoptaron diversas providencias al respecto. En estas condiciones el Estado brasileño no puede alegar que ignoraba el hecho de que, estando vigente la Portaria No. 8/91, que prohibía la importación de neumáticos usados, empresas de Uruguay y de terceros países exportaban normal y reiteradamente a Brasil neumáticos recauchutados. Ese hecho es relevante, obviamente, a los efectos de imputar actos concluyentes de agentes y órganos públicos estatales al Brasil. En los hechos, Brasil confirmó su aquiescencia a la importación de neumáticos remoldeados independientemente de que a posteriori pretendiera alegar que la Portaria No 8/91 incluía en el concepto de neumáticos usados, a los neumáticos remoldeados”.⁸⁶

Por lo que después de estas consideraciones y al comprobar que efectivamente había existido una constante importación de neumáticos remoldeados entre ambos países por casi 10 años, sumado al hecho de que las autoridades nacionales del Brasil habían adoptado diversos dictámenes, informes y normas donde expresamente se reconocía que los neumáticos remoldeados no estaban sujetos a prohibiciones ni restricciones y que, además, eran diferentes en género y especie a los neumáticos usados,⁸⁷ el tribunal arbitral concluye que la Portaria No. 8/00 contradice los principios generales del derecho, especialmente el principio del estoppel.

Como resultado, el Tribunal Ad hoc del Mercosur determinó que la Portaria No. 8/00 era incompatible con la normativa MERCOSUR y ordenó a Brasil adaptar su legislación interna teniendo en cuenta la incompatibilidad encontrada.

⁸⁴ En el caso se prueba que hubo un comportamiento constante e inequívoco por parte de Brasil que generaba derechos y alentaba expectativas a Uruguay. Véase en Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR, ob. cit., p. 28.

⁸⁵ CEDEÑO, Víctor Rodríguez. Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États. rapporteur spécial; Actes Unilatéraux des États [Point 8 de l'ordre du jour]. Documento A/CN.4/500 y Add.1; 14 de abril y 10 de mayo de 1999. p. 219.

⁸⁶ Ibid., p. 28.

⁸⁷ Ibid., p. 23. En este laudo arbitral se enumeran los distintos informes y dictámenes. Como ejemplo podemos citar la Nota de 6 de abril de 1998 de la División de Legislación Nacional (DILEG) de la Coordinación General del Sistema Aduanero (COANA) de la Secretaria da Receita Federal, que llegó a la conclusión que las Subposiciones 4012.10 (neumáticos recauchutados) y 4012.20 (neumáticos usados) no se confunden ni guardan entre sí relación de género y especie.

2.3 EL CUMPLIMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL DEL MERCOSUR POR PARTE DE BRASIL

Emitido el laudo arbitral, Brasil no pudo presentar ningún recurso de revisión contra el mismo debido a que el Protocolo de los Olivos no estaba en vigor y el Tribunal Permanente de Revisión no había iniciado su funcionamiento. Por consiguiente, en aplicación del artículo 21.1 del Protocolo de Brasilia, el laudo del tribunal arbitral era inapelable y obligatorio tanto para Uruguay como para el Brasil a partir de la recepción de la respectiva notificación adquiriendo fuerza de cosa juzgada.

Por tal motivo y ante la decisión del tribunal arbitral del MERCOSUR en el sentido de que la prohibición contenida en la Portaria SECEX 8/2000 era inconsistente con las normas del MERCOSUR, Brasil eliminó la prohibición con respecto a los neumáticos remoldeados importados procedentes de los países del MERCOSUR. En efecto, Brasil adoptó la Portaria SECEX 2 del 8 de marzo del 2002 la cual en su artículo 1 establecía lo siguiente: “Por la presente se autoriza la expedición de licencias de importación de neumáticos remoldeados, clasificados bajo los códigos NCM 4012.1100, 4012.1200, 4012.1300 y 4012.1900, cuando procedan de Estados miembros del MERCOSUR al amparo del Acuerdo de Complementación Económica N° 18”.⁸⁸

Con posterioridad al laudo arbitral en el marco del MERCOSUR, Brasil adoptó una serie de normas respecto a las importaciones de neumáticos recauchutados. Puede observarse que en todas ellas se daba cumplimiento a la decisión del tribunal arbitral del MERCOSUR. De esta manera, esta misma excepción aplicable a los países del MERCOSUR se mantuvo en la Portaria SECEX 17 del 1 de diciembre de 2003,⁸⁹ la cual señalaba que: “La Portaria SECEX 17, de 1 de diciembre del 2003, sustituye a la Portaria SECEX 8/2000, y prohíbe la expedición de licencias de importación de neumáticos recauchutados y se excluye de dicha prohibición a los neumáticos remoldeados originarios de otros países del MERCOSUR”.⁹⁰ Posteriormente, esta excepción se mantuvo en el artículo 40 de la Portaria SECEX 14/04, del 17 de noviembre de 2004, que establecía que no se otorgarían licencias de importación para neumáticos recauchutados y usados, excepto para neumáticos remoldeados originarios y

⁸⁸ Ibid., p. 7.

⁸⁹ Ibid., p. 7.

⁹⁰ Ibid., p. 5.

procedentes de los Estados Miembros del MERCOSUR⁹¹ y cuyo texto literal es el siguiente:

"Artículo 40 - No se otorgarán licencias de importación para neumáticos recauchutados y usados, ya sea como productos de consumo o materias primas, clasificados bajo el código NCM 4012, excepto para neumáticos remodelados, clasificados bajo los códigos NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 y 4012.19.00, originarios y procedentes de los Estados miembros del MERCOSUR al amparo del Acuerdo de Complementación Económica N° 18. Párrafo único - Las importaciones originarias y procedentes del MERCOSUR deberán cumplir los reglamentos técnicos adoptados por el Instituto Nacional de Metrología, Normalización y Calidad Industrial (INMETRO) para el producto de que se trate y los reglamentos para la aplicación de las normas de origen del MERCOSUR y los reglamentos de las autoridades ambientales."⁹²

La adopción de esta medida generó que la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) inicie contra Brasil un procedimiento solución de diferencias ante la OMC, alegando la violación de diversos artículos del GATT de 1994.

2.4. EL EXAMEN DE LA MEDIDA ADOPTADA POR BRASIL EN EL MARCO DE LA OMC

En junio del 2005, las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con Brasil respecto a las medidas que afectaban las exportaciones de neumáticos recauchutados procedentes de las Comunidades Europeas. Debido a que las partes no llegaron a un acuerdo mutuamente aceptable, las Comunidades Europeas solicitan el establecimiento de un Grupo Especial y posteriormente recurrieron al Órgano de Apelación, en relación a una serie de medidas adoptadas por el Brasil. En esta sección, se analizará la prohibición a las importaciones de neumáticos recauchutados establecido en la Portaria N° 14 del 17 de noviembre del 2004 de la Secretaría de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Internacional del Brasil, la misma que prohibía la expedición de licencias de importación de neumáticos recauchutados pero establecía una exención en beneficio de los miembros del MERCOSUR quienes estaban permitidos de exportar dichos neumáticos hacia el Brasil.

⁹¹ Ibid., p. 4.

⁹² Ibid., p. 4.

En la controversia, se estableció que el objeto de esta diferencia eran los neumáticos recauchutados⁹³ clasificados bajo los códigos NCM 4012.11 (automóviles de turismo), 4012.12 (autobuses y camiones), 4012.13 (aeronaves) y 4012.19 (los demás tipos de neumáticos). Por esta razón, el análisis se centra en el término neumáticos recauchutados a fin de utilizar la terminología usada en el Informe del Grupo Especial y del Órgano de Apelación.

En líneas generales, en este caso se evalúa la prohibición a las importaciones de neumáticos recauchutados impuesta por el Brasil como una medida necesaria para proteger la salud humana y el medio ambiente ante los riesgos causados por la acumulación y eliminación de neumáticos de desecho, encontrándose una justificación a dicha medida al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT.

2.4.1 La decisión del Grupo Especial

Como ya se ha estudiado en el Capítulo I, una medida para estar justificada bajo las excepciones contempladas en el artículo XX del GATT debe pasar un doble análisis. Primero, la medida debe justificarse al amparo de al menos uno de los apartados del artículo XX. Segundo, la medida debe ser consistente con el preámbulo del referido artículo.

En el presente caso, el Grupo Especial llegó a la conclusión que la prohibición a las importaciones de neumáticos recauchutados contribuía a la realización de la política perseguida por Brasil, la misma que buscaba reducir la exposición a los riesgos para la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales derivados de la acumulación de neumáticos de desecho. En esta línea, dicha medida se encontraba incorporada dentro del grupo de políticas comprendidas por el inciso b) del artículo XX del GATT.⁹⁴

Habiéndose establecido que la medida en litigio, aparentemente contraria a los objetivos y obligaciones en el marco de la OMC, estaba provisionalmente justificada en el inciso b) del artículo XX del GATT, el Grupo Especial procedió a analizar si la prohibición a las importaciones se aplicaba de manera compatible con las prescripciones del

⁹³ Ibid., p. 312.

⁹⁴ Ibid., p.186-252.

preámbulo del artículo XX del GATT. Teniendo en cuenta el tema del presente trabajo, el análisis del mismo sólo se centrará en si la aplicación por parte del Brasil de la exención MERCOSUR era "arbitraria" o "injustificable" en el sentido del preámbulo del artículo XX del GATT.

Asimismo, cabe indicar que el Grupo Especial consideró que tanto la discriminación "arbitraria" e "injustificable" se analizarán de manera conjunta debido a su estrecha relación.⁹⁵

2.4.1.1. El volumen de las importaciones como criterio para determinar la discriminación

El Grupo Especial consideró que el volumen de las importaciones era un elemento para determinar si la discriminación derivada de la exención del MERCOSUR era arbitraria o injustificable. De esta manera, el Grupo Especial concentra su análisis en los efectos de la discriminación,⁹⁶ lo que para el caso en concreto estaría constituido por el volumen de las importaciones.⁹⁷

El análisis de este criterio surge a raíz de que Brasil había señalado que era posible que cubiertas o carcasas usadas (materia prima para la producción de neumáticos recauchutados) procedentes de la Comunidad Europea fueran utilizadas para la industria del recauchutado en un país del MERCOSUR para posteriormente ser exportados al Brasil con lo cual los países no Miembros del MERCOSUR se beneficiarían de la exención. Para Brasil, las empresas de recauchutado de países del Mercosur, como Uruguay y Paraguay, dedicadas a la producción y comercialización de esta clase de neumáticos, podían importar cubiertas usadas de países no miembros del Mercosur (como las Comunidades Europeas) y hacer el proceso de recauchutado en sus países para después exportarlas hacia el Brasil, beneficiándose indebidamente de la exención del Mercosur.

Al respecto, el Grupo Especial consideró que:

⁹⁵ Ibid., p. 254.

⁹⁶ Ibid., p. 110.

⁹⁷ SÁ CABRAL, Jeanine Gama and LUCARELLI DE SALVIO, Gabriella Giovanna. 'Considerations on the Mercosur Dispute Settlement Mechanism and the Impact of its Decisions in the WTO Dispute Resolution System, Journal of World Trade 42. No. 6 (2008). p. 1034.

“el volumen efectivo de neumáticos inicialmente usados en las Comunidades Europeas que podrían importarse en el Brasil a través del MERCOSUR es muy pequeño si se compara con el volumen que podría haberse importado directamente de las Comunidades Europeas y de otros países si no existiera la prohibición de las importaciones.”⁹⁸

Asimismo, el Grupo Especial manifestó que:

“si esas importaciones tuvieran lugar en cantidades tales que el logro del objetivo de la medida en litigio quedara significativamente menoscabado, la aplicación de la prohibición de las importaciones en conjunción con la exención MERCOSUR constituiría un medio de discriminación injustificable”.⁹⁹

En este sentido, cuantas más importaciones entraran en el territorio brasileño a través de la exención, más se vería menoscabado el objetivo de política declarado por el Brasil. En efecto, si se constataba que había un aumento significativo en las importaciones de neumáticos recauchutados, bajo la situación descrita en los párrafos anteriores, entonces el objetivo de política declarado por el Brasil de reducir la acumulación innecesaria de neumáticos de desecho estaba siendo en realidad menoscabado.

De esta manera, no habría una justificación para mantener la prohibición a las importaciones respecto a los Miembros de la OMC. Sin embargo, como el propio Grupo Especial observó, el volumen de neumáticos recauchutados con carcasas provenientes de las Comunidades Europeas no era significativo, por lo que la medida adoptada por Brasil no constituía, desde el punto de vista del Grupo Especial, un medio de discriminación injustificable.

Si bien el Grupo Especial constata que entre los años 2002 y 2004 las importaciones de neumáticos recauchutados provenientes de países del Mercosur se decuplicaron de 200 a 2000 toneladas, también nota que:

“esta cifra era muy inferior a las 14,000 toneladas anuales importadas sólo de las Comunidades Europeas antes de la imposición de la prohibición de las importaciones.”¹⁰⁰

Por lo tanto, el Grupo Especial concluye que si bien podría darse el caso que todos los neumáticos recauchutados pudieran estar elaborados con neumáticos o cubiertas usadas

⁹⁸ Ibid., p. 350.

⁹⁹ Ibid., p. 268.

¹⁰⁰ Ibid., p. 268.

provenientes de otros países que no pertenecían al Mercosur, el volumen de las importaciones no había sido “significativo”¹⁰¹ como para alegar que el objetivo de la medida se haya visto menoscabado y por tanto, ésta se aplique de forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable.

Como podemos apreciar, el Grupo Especial constató que la exención del Mercosur no constituía una discriminación arbitraria o injustificable, en la medida en que el logro del objetivo de Brasil, que era la protección de la vida humana y la salud, no se vea afectado por los volúmenes de las importaciones “significativamente”.

Los volúmenes de las importaciones pueden vislumbrar una situación de discriminación toda vez que la adopción de una medida nacional pueda modificar las condiciones de competencia entre productos nacionales e importados en perjuicio de estos últimos. Esta percepción de discriminación se acentúa al observar que se producen efectos sobre el comercio en el sentido de una reducción del volumen de las importaciones.¹⁰² Sin embargo, el Grupo Especial dejó una incertidumbre en su análisis al no determinar cuándo el volumen de las importaciones debía ser considerado significativo para dar lugar a una situación de discriminación arbitraria o injustificable. Es debatible si un aumento de las importaciones de 200 a 2000 toneladas de neumáticos remoldeados en un periodo de sólo dos años pueda considerarse un aumento significativo. Al respecto el Órgano de Apelación ha observado que:

“los volúmenes de importación se determinan generalmente con arreglo a la oferta y la demanda, la prueba del Grupo Especial de lo que es significativo, en caso de aprobarse, haría difícil que los miembros de la OMC, que no tienen posibilidad de controlar las corrientes comerciales hacia sus mercados internos, adoptaran medidas compatibles con la OMC o eliminaran las medidas incompatibles con la OMC”.¹⁰³

La ambigüedad y la poca consistencia de los fundamentos del Grupo Especial se ven evidenciados cuando se analiza las importaciones ocurridas años después de culminada la controversia. Puede notarse que en el año 2005 se importaron del Mercosur al Brasil

¹⁰¹ Ibid., p. 268.

¹⁰² DAVIES, Arwel. ‘Interpreting the Chapeau of GATT Article XX in Light of the ‘New’ Approach in Brazil-Tyres’. *Journal of World Trade* 43. No. 3 (2009). p. 516.

¹⁰³ Ibid., p. 51. Comunicación presentada por el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu en calidad de tercero participante.

7,146 unidades¹⁰⁴ de neumáticos usados, para el año 2006 la cifra disminuyó a 3,686 unidades¹⁰⁵ y para el año 2008 ésta se incrementó a 455,202 unidades.¹⁰⁶ Esto pone de manifiesto que el volumen de las importaciones varía de año en año, lo cual no hace posible que los Miembros puedan controlar estos flujos comerciales regidos por fórmulas económicas. Si para el año 2002 se importaron 268 neumáticos usados podría considerarse que para el año 2008 se importaron 455,202 unidades.¹⁰⁷ Esta nueva cifra constituiría un incremento “significativo” de las importaciones; incluso aunque fuera posible proporcionar criterios claros. En este sentido, la compatibilidad de la medida con la OMC podría variar de un año a otro o dentro de cualquier período que pueda ser más corto o largo.¹⁰⁸ Teniendo en cuenta estos aspectos, “el volumen de las importaciones” podría ser uno de los criterios a considerarse; sin embargo, no debería ser el único, tal como fue concebido por el Grupo Especial como fundamento para la determinación del criterio de discriminación arbitraria o injustificable de una medida.

2.4.1.2. El apartado d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo

La Comunidad Europea alegó en el ámbito del análisis del preámbulo del artículo XX del GATT que Brasil era al menos parcialmente responsable del laudo que dio por resultado la exención del MERCOSUR, debido a que no se defendió en el procedimiento en el marco del MERCOSUR invocando motivos relacionados con la salud y la seguridad de las personas previsto en el apartado d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo, el cual cumple una función similar al artículo XX del GATT. El Grupo Especial se inhibió de evaluar la elección de argumentos por el Brasil en el procedimiento llevado a cabo en el MERCOSUR o de establecer hipótesis sobre el probable resultado del asunto a la luz de la estrategia procesal del Brasil en dicho procedimiento.¹⁰⁹

Si bien el Grupo Especial se abstiene de pronunciarse sobre este tema dentro del análisis del preámbulo, ha de tenerse en cuenta que el tema central en el caso discutido ante el

¹⁰⁴ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) de Brasil, ob. cit.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ DAVIES, Arwel, ob. cit., p. 518.

¹⁰⁹ Ibid., p. 265.

Mercosur¹¹⁰ era determinar si Brasil había establecido una nueva prohibición a las importaciones o si dicha prohibición era la continuación de una medida existente.

Coincidimos con el Grupo Especial en el sentido que no parece irrazonable o absurdo que Brasil haya centrado su defensa en determinar que la prohibición de las importaciones establecida en la Portaria Secex No.8/00 no constituía una nueva prohibición a las importaciones, debido a que ese fue el argumento principal de Uruguay y que debía ser contestado y probado en referencia a lo planteado.

Por otro lado, es cuestionable lo que sostiene el Grupo Especial,¹¹¹ en el sentido que si Brasil hubiera optado por hacer su defensa bajo el apartado d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo el resultado de la diferencia hubiese sido distinto o hubiese servido para el análisis del preámbulo del artículo XX del GATT.

Cabe recordar que en el año 2005, en el ámbito del Mercosur surgió una diferencia entre Uruguay y Argentina debido a que Argentina, mediante Ley N° 25626, había prohibido la importación de neumáticos usados y recauchutados provenientes de países miembros o no miembros del Mercosur. En esta oportunidad, Argentina basó su defensa en el apartado d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo. No obstante, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur determinó que la prohibición establecida por Argentina era no sólo restrictiva del libre comercio sino también discriminatoria razón por la cual no podía justificarse tomando como sustento el literal d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo. Entre otras consideraciones, se afirma que el libre comercio es un principio fundamental y de suprema importancia en el sistema de integración del Mercosur. Sobre esta base, se argumenta que las cuestiones no comerciales tienen que someterse a un examen riguroso tal como fue sometida la medida Argentina la que finalmente no consiguió ser justificada.

Por lo tanto, si un problema de salud y medio ambiente como era el planteado con los neumáticos de desecho en el caso argentino no fue lo suficientemente convincente para el Tribunal arbitral, puede afirmarse que aun cuando Brasil hubiera planteado su defensa tomando como sustento el artículo 50 literal d) del Tratado de Montevideo en el

¹¹⁰ SÁ CABRAL, Jeanine Gama and LUCARELLI DE SALVIO, Gabriella Giovanna, ob. cit., p. 1033 y 1034.

¹¹¹ Ibid., p. 265.

marco del Mercosur, Brasil habría posiblemente perdido este caso ante el Tribunal del Mercosur.¹¹²

2.4.1.3. El artículo XXIV del GATT

Brasil alegó que la exención Mercosur, la cual lo obliga a permitir las importaciones de neumáticos remoldeados procedentes de países del MERCOSUR, no era ni arbitraria ni injustificable debido a que dicha medida tiene su origen en la obligación del Brasil de aplicar una resolución de un tribunal arbitral del Mercosur.

Asimismo, Brasil sostuvo que el otorgamiento de un trato distinto a los asociados en el MERCOSUR no puede considerarse arbitrario o injustificable con arreglo al artículo XX porque está expresamente autorizado por el artículo XXIV del GATT.¹¹³

El Grupo Especial reconoce que Brasil estaba obligado dentro del marco del MERCOSUR a aplicar el laudo del tribunal arbitral por lo que consideró que no parecía que:

“la exención para neumáticos remoldeados originarios de países del MERCOSUR estuviera motivada por razones caprichosas o impredecibles”.¹¹⁴

Asimismo, el Grupo Especial tuvo en cuenta que el Acuerdo regional del MERCOSUR prevé un trato preferencial en favor de sus miembros. En orden de ideas, la existencia de alguna discriminación en favor de sus miembros en una unión aduanera es parte inherente de su funcionamiento. Habiendo hecho esta determinación, se observa que es posible que se produzca una discriminación entre miembros del MERCOSUR y otros Miembros de la OMC lo cual no constituye a priori algo irrazonable.¹¹⁵ Sin embargo, el Grupo Especial también expresa sus reservas aclarando que con lo manifestado no se está:

“sugiriendo que la invocación de cualquier acuerdo internacional sería suficiente, en cualquier circunstancia, para justificar la existencia de la discriminación en la aplicación de una medida en el sentido del preámbulo del artículo XX”.¹¹⁶

¹¹² LAVRANOS, Nikolaos y VIELLIARD, Nicolas, ob. cit., p. 318.

¹¹³ Ibid., p. 263 y 264.

¹¹⁴ Ibid., p. 264.

¹¹⁵ Ibid., p. 264.

¹¹⁶ Ibid., p. 267.

Asimismo, el Grupo Especial enfatizó que no estaba realizando un pronunciamiento con respecto a si el MERCOSUR satisface las condiciones del artículo XXIV relativas a las uniones aduaneras. Tampoco se pronunció en torno a si la medida estaba *autorizada* por el artículo XXIV de tal manera que dispense al Brasil de ciertas obligaciones como las previstas en el artículo XX del GATT.¹¹⁷

Teniendo en cuenta sólo la naturaleza del acuerdo del MERCOSUR y las circunstancias del laudo del Tribunal del MERCOSUR, el Grupo Especial llega a la conclusión que existía un fundamento razonable para que Brasil adoptara una exención de la prohibición de las importaciones en favor de sus asociados en el MERCOSUR; sin embargo, esto no significaba que la exención estuviera justificada.¹¹⁸

Si bien no es materia de este trabajo analizar el artículo XXIV y su relación con el MERCOSUR resulta ilustrativo mencionar brevemente la relación del MERCOSUR con el artículo XXIV del GATT con la finalidad de comprender las razones por las cuales el Grupo Especial decide no profundizar su análisis en relación a esta materia.

Con la creación del MERCOSUR se otorgó un trato diferenciado y más favorable entre sus miembros. Teniendo en cuenta la participación de sus Miembros integrantes en foros multilaterales como el GATT y la OMC, los países integrantes del MERCOSUR notificaron su creación al Comité de Comercio y Desarrollo a fin de que se analizara si dicho acuerdo regional era o no compatible con las disposiciones de la OMC.

Hubo una disputa que planteó la interrogante respecto a si el MERCOSUR debía ser notificado conforme a lo establecido por el artículo XXIV o por medio de la cláusula de habilitación.¹¹⁹ Esta controversia obedeció al hecho que los Estados Unidos sostenían que el volumen del comercio involucrado en el Mercosur era sustancial razón por la cual debía aplicarse un examen más amplio como el previsto en el artículo XXIV.¹²⁰

¹¹⁷ Ibid., p. 264.

¹¹⁸ Ibid., p. 267.

¹¹⁹ Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Decisión de 28 de noviembre de 1979. Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo. Documento L/4903. Disponible en:

https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/enabling_s.pdf.

¹²⁰ BRINK, Tegan. 'Which WTO Rules Can a PTA Lawfully Breach? Completing the Analysis in Brazil – Tyres'. *Journal of World Trade* 44. No. 4 (2010). p. 821-825.

Finalmente, se acordó con el Presidente del Comité sobre Comercio y Desarrollo, que se estableciera un grupo de trabajo a fin de que se examinara concretamente:

“el Acuerdo del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) a la luz de las disposiciones pertinentes de la Cláusula de Habilitación y del GATT de 1994, incluido el artículo XXIV, y remitir un informe y recomendaciones al Comité de Comercio y Desarrollo, para su presentación al Consejo General, remitiendo asimismo copia del informe al Consejo del Comercio de Mercancías”.¹²¹

A pesar de haber notificado su creación, hasta la fecha no hay un informe final sobre el particular. De hecho, se ha acordado que el Comité ya no decidirá sobre dicha compatibilidad, sino que serán los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación quienes decidirán caso por caso.¹²² Este hecho ha dado lugar a que sea más difícil que un país Miembro intente justificar en el ámbito de la OMC una medida restrictiva adoptada en el marco de una unión aduanera como es el caso del MERCOSUR. Esto se debería al hecho que no existe ningún informe definitivo que se pronuncie sobre si el MERCOSUR es una unión aduanera compatible con el artículo XXIV del GATT. Asimismo, se ha evitado analizar si la medida adoptada satisface o no los requerimientos de dicho artículo, como podría ser, en este caso, analizar si la exención del MERCOSUR era necesaria para el mantenimiento de la unión aduanera.¹²³

Como argumenta Joost Pauwelyn,¹²⁴ si el artículo XXIV del GATT se erige como una defensa ante el incumplimiento de ciertas obligaciones de la OMC, los Paneles y el Órgano de Apelación parecen hacer todo lo posible para evitar analizar la compatibilidad de las disposiciones de los Acuerdos Comerciales Regionales con los Acuerdos de la OMC. Este comportamiento se evidencia en el caso en estudio cuando el Grupo Especial se limita a manifestar que “pareciera” que la Exención del MERCOSUR no fuera arbitraria puesto que no era consecuencia de una decisión

¹²¹ Grupo de Trabajo sobre el Acuerdo del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Documento WT/COMTD/5/Rev.1, 25 de octubre de 1995.

¹²² *Ibid.*, p. 1029.

¹²³ El Órgano de Apelación en el caso Turquía - Textiles si bien no se pronuncia sobre la compatibilidad de una unión aduanera con las normas del GATT/OMC; sí manifiesta que con la finalidad de determinar si una medida declarada incompatible con algunas otras disposiciones del GATT puede justificarse al amparo del artículo XXIV se deberá examinar si la unión aduanera es compatible con las disposiciones del artículo XXIV y si la medida es necesaria para la formación de una unión aduanera. Véase OMC, Informe del Órgano de Apelación. Turquía — Restricciones aplicadas a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir. Documento WT/DS34/AB/R.

¹²⁴ PAUWELYN, Joost. Legal Avenues to Multilateralizing Regionalism: Beyond article XXIV. Paper presented at the Conference on Multilateralising Regionalism Sponsored and organized by WTO – HEI. Co-organized by the Centre for Economic Policy Research (CEPR). Ginebra, Setiembre de 2007. p. 2 y 3. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf.

caprichosa por parte de Brasil sino asumida como consecuencia de la emisión del laudo arbitral. Sin embargo, el Grupo Especial precisa que dicha consideración no debe entenderse en el sentido de manifestarse a favor de la compatibilidad del MERCOSUR con el artículo XXIV del GATT.

2.4.2. La decisión del Órgano de Apelación

A diferencia del Grupo Especial que para determinar si una medida constituye una discriminación arbitraria o injustificada analiza los efectos de la discriminación teniendo en consideración el volumen de las importaciones, el Órgano de Apelación evalúa la causa de la discriminación o los fundamentos expuestos para explicar su existencia.¹²⁵ En el presente caso, los fundamentos o razones de la discriminación son explicados por Brasil argumentando que la Exención MERCOSUR había sido adoptada en cumplimiento de lo ordenado en el laudo del tribunal arbitral del MERCOSUR.¹²⁶ Sobre esta consideración, el Órgano de Apelación inicia su análisis evaluando las razones o justificación presentadas por Brasil. A su vez, el Órgano de Apelación también consideró otros aspectos tales como:

“si la explicación proporcionada por el Brasil es aceptable como justificación de discriminación entre los países del MERCOSUR y los países no pertenecientes al MERCOSUR en relación con los neumáticos recauchutados”.¹²⁷

Asimismo, el Órgano de Apelación tuvo en consideración para efectos de determinar la existencia de una discriminación arbitraria o injustificada si:

“las razones dadas para esa discriminación no tienen ninguna conexión racional con el objetivo comprendido en el ámbito de un apartado del artículo XX, o irían en contra de ese objetivo”.¹²⁸

Siguiendo ese razonamiento, el Órgano de Apelación manifestó que no puede justificarse la discriminación alegando el cumplimiento de un laudo arbitral en la medida que esta razón, según afirma:

“no guarda relación con el objetivo legítimo de la prohibición de las importaciones comprendido en el ámbito del apartado b) del artículo XX, y va incluso en contra de ese objetivo”.¹²⁹

¹²⁵ Ibid., p. 108.

¹²⁶ Ibid., p. 108.

¹²⁷ Ibid., p. 109.

¹²⁸ Ibid., p. 109.

¹²⁹ Ibid., p. 110.

Esta posición adoptada por el Órgano de Apelación nos lleva a reflexionar que la existencia de una obligación de carácter regional, como era el cumplimiento del laudo arbitral del MERCOSUR, no puede estar justificada bajo el preámbulo del artículo XX. Esto obedece al hecho que la razón dada para la justificación de la discriminación no guardaba relación ni contribuía a la protección de la salud y la vida de las personas y los animales y la preservación de los vegetales frente a los riesgos generados por la acumulación de neumáticos de desecho. Siendo esto así, dicha medida se aplica en forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificable.

Por otro lado, en cuanto al análisis de la discriminación arbitraria, el Órgano de Apelación alegó que si bien por el hecho que Brasil haya actuado en cumplimiento de un laudo arbitral del Mercosur no puede considerarse que dicha discriminación sea caprichosa o aleatoria, también destacó que: “la discriminación puede ser resultado de una decisión o un comportamiento racional y seguir siendo "arbitraria o injustificable".¹³⁰

En este caso, a pesar que no existió por parte de Brasil una decisión inmotivada para adoptar la medida discriminatoria, dicha medida terminó siendo considerada como arbitraria o injustificable. Esto fue resultado de que los fundamentos de esa discriminación no guardaban relación con el objetivo de una medida provisionalmente justificada al amparo de uno de los apartados del artículo XX, o iba en contra de dicho objetivo.¹³¹

Una revisión tanto del Informe del Grupo Especial como del Órgano de Apelación lleva a considerar que la exención del MERCOSUR no daba lugar a una discriminación arbitraria o injustificada y debía haberse justificado en aplicación del preámbulo del artículo XX del GATT. La causa o razón de la discriminación para determinar si la discriminación es arbitraria o injustificable es un criterio que ha venido aplicándose en diversos Informes del Órgano de Apelación, como puede observarse en los casos

¹³⁰ Ibid., p. 110.

¹³¹ Ibid., p. 111. En este caso el objetivo de la medida en litigio era la protección de la vida y la salud de las personas de los riesgos resultantes de las enfermedades transmitidas por mosquitos y de los incendios producidos por neumáticos.

Estados Unidos- Gasolina,¹³² Estados Unidos-Camarones,¹³³ y Comunidades Europeas – Focas.¹³⁴

El Grupo Especial se apartó de la manera cómo se ha venido aplicando el concepto de discriminación arbitraria o injustificada y en ese sentido, resulta inconsistente el criterio basado en el volumen de las importaciones. Esto obedece al hecho que no se determinó el momento, es decir, cuándo podía ser considerado un aumento “significativo” de las importaciones de tal manera que dé lugar a una situación de discriminación arbitraria o injustificable.

Teniendo esto en cuenta, observamos que la razón o el fundamento dado por el Brasil se basaron en que la adopción de esta medida discriminatoria tenía su origen en el cumplimiento de un laudo arbitral del Mercosur. En este sentido, en atención al sentido corriente de los términos arbitrario e injustificable en aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena,¹³⁵ consideramos que la discriminación establecida fue el resultado de una decisión o un comportamiento racional, por lo que no puede considerarse que la misma fuera el resultado de una conducta caprichosa u antojadiza.

Sin embargo, como bien lo han establecido tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación, el hecho de que Brasil haya adoptado esa medida en cumplimiento de una decisión previa de un tribunal no puede justificar per se la discriminación basada en el preámbulo. Esto conlleva a la necesidad de que se evalúe si esta razón o fundamento de discriminación guarda relación con el objetivo político del Brasil, es decir, si dicha discriminación contribuía a la protección de la salud y la vida de las personas y los animales y la preservación de los vegetales frente a los riesgos generados por la acumulación de neumáticos de desecho.

Antes de proceder a ese análisis, no podemos dejar de mencionar que la relación de la discriminación del preámbulo del artículo XX con el objetivo político de la medida ha suscitado un arduo debate en la doctrina. En el caso Estados Unidos-Camarones se

¹³² En este caso el Órgano de Apelación explica que se evaluó las explicaciones ofrecidas por los Estados Unidos para la discriminación y al no encontrarlas satisfactorias concluyó que la aplicación de las normas para el establecimiento de las líneas de base daban como resultado una discriminación arbitraria. *Ibid.*, p. 107.

¹³³ En este caso el Órgano de Apelación sostiene que se basó en varios factores que formaban parte de un análisis relativo a la causa, o los fundamentos, de la discriminación. *Ibid.*, p.108.

¹³⁴ OMC, Informe del Órgano de Apelación, *ob. cit.*, p. 209.

¹³⁵ Al respecto véase el Capítulo I donde se explican estos criterios.

puede apreciar que los Estados Unidos en su comunicación presentada como parte de su recurso de apelación vinculan el concepto de discriminación injustificable del preámbulo con los objetivos de las políticas previsto en los apartados del artículo XX.¹³⁶

Al respecto, el Órgano de Apelación preliminarmente rechazó dicho argumento entendiendo que:

“el objetivo de política de la medida en cuestión no puede establecer su base o justificación al amparo de las normas del preámbulo del artículo XX. La legitimidad del objetivo político declarado de la medida y la relación de ese objetivo con la propia medida y su diseño general y su estructura se examinan en el marco¹³⁷ de los párrafos de a) a la j) del artículo XX, pero no ante el análisis del preámbulo”.

Sin embargo, como explica Davies,¹³⁸ en Estados Unidos-Camarones, el Órgano de Apelación mostró una actitud ambivalente con respecto a este enfoque, debido a que como hemos visto anteriormente, si bien rechazó ese enfoque explícitamente, termina aplicándolo de manera implícita.¹³⁹ Davies explica dicho rechazo de la siguiente manera:

“The explicit rejection was informed by a desire to avoid blurring the boundary within Article XX between the initial stage of provisional justification and the second stage of applying the chapeau”.¹⁴⁰

A diferencia de la posición ambivalente del Órgano de Apelación en el caso Camarones, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación en el caso Neumáticos recauchutados materia de estudio, establecieron de manera explícita que el objetivo político de la medida en cuestión debe ser considerado en el análisis del preámbulo del artículo XX.¹⁴¹ Esta forma de análisis ha generado posiciones encontradas en la doctrina. Para algunos la adopción de este criterio ha permitido que los estándares de la

¹³⁶ Con respecto al análisis de la "discriminación injustificable [entre países] en los que prevalezcan las mismas condiciones" deberá tener en cuenta si ese trato diferente entre países se refiere al objetivo de política de la excepción aplicable del artículo XX". Véase OMC, Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos. Documento WT/DS58/AB/R, p. 61.

¹³⁷ Ibid., p. 61.

¹³⁸ DAVIES, Arwel, ob. cit., p. 519.

¹³⁹ Ibid., p. 71. En este caso el Órgano de Apelación manifestó lo siguiente: “En otras palabras, el camarón capturado utilizando métodos idénticos a aquellos empleados en los Estados Unidos ha sido excluido del mercado estadounidense solamente porque fue capturado en aguas de países que no recibieron el certificado de los Estados Unidos. Es difícil conciliar la situación resultante con el objetivo de política declarado de proteger y conservar a las tortugas marinas.”

¹⁴⁰ Ibid., p. 519.

¹⁴¹ Ibid., p. 314.

discriminación "arbitraria o injustificable" sean más vagos y más confusos que nunca.¹⁴² Esto ha hecho que surja la duda con respecto a si el enfoque del Órgano de Apelación ha desdibujado ciertos límites establecidos en el texto del tratado con consecuencias nefastas.¹⁴³

A pesar de lo señalado, observamos que en los últimos Informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación la vinculación de la discriminación consagrada en el preámbulo con el objetivo político de la medida se ha convertido en un criterio constante. En este sentido, el Órgano de Apelación en el caso Comunidades Europeas-Focas, al analizar el preámbulo del artículo XX, ha establecido lo siguiente:

“Uno de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX. En *Brasil – Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación consideró este factor especialmente pertinente al evaluar los fundamentos de las explicaciones dadas por el demandado acerca de la causa de la discriminación”.¹⁴⁴

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, analizaremos la vinculación de la discriminación de la medida adoptada por Brasil con el objetivo político declarado. En primer lugar, cabe preguntarse si la Exención del MERCOSUR, que permitía la importación de neumáticos sólo para los países miembros de dicho acuerdo regional, contribuía realmente a la protección de la salud y la vida de las personas y los animales y la preservación de los vegetales frente a los riesgos generados por la acumulación de neumáticos de desecho.

Al respecto, es necesario recordar que uno de los principales argumentos de Brasil para justificar la adopción una medida restrictiva a las importaciones de neumáticos era la propagación de enfermedades como el dengue y la fiebre amarilla. Como sustento de sus argumentos, Brasil presentó ante el Grupo Especial varios estudios¹⁴⁵ realizados en los Estados de Sao Paulo, Espírito Santo y Paraná, los mismos que sugerían que los

¹⁴² Ibid., p. 317.

¹⁴³ Ibid., p. 522.

¹⁴⁴ Ibid., p. 205. Sin embargo, en el Informe del Órgano de Apelación se añade que es uno de los factores más importantes, pero no la única prueba pertinente para la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable.

¹⁴⁵ En lo referente a estos estudios, véase OMC, Informe del Grupo Especial. *Brasil- Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*. Documento WT/DS332/R, p. 194.

neumáticos eran el criadero preferido de los mosquitos transmisores del dengue y de la fiebre amarilla debido a su similitud con los árboles con hoyos.¹⁴⁶ Brasil manifestó que con esta información probaría que existe una correlación entre la propagación del dengue y la acumulación de neumáticos de desecho, especialmente en países con climas tropicales, como el Brasil.¹⁴⁷

Observamos que según la OMS¹⁴⁸ en el año 1990 se reportaron en Brasil 40,916 casos de dengue y para el año 2004 la cifra aumentó a 112,928. Si bien aparentemente podríamos concluir que el aumento de las importaciones de neumáticos trae como consecuencia un incremento de esta enfermedad y que la Exención del MERCOSUR no contribuía al objetivo político de Brasil, tal como lo consideró el Órgano de Apelación, y por ende no podría estar justificada al amparo del preámbulo del artículo XX, un análisis más detallado del mismo nos demostrará que esta presunción resulta ser equivocada.

En el año 2009 Brasil, en cumplimiento de lo ordenado por el Órgano de Apelación, prohíbe definitivamente la expedición de licencias para la importación de neumáticos usados y recauchutados independientemente de su origen.¹⁴⁹ Notamos que según la OMS,¹⁵⁰ en ese año se reportaron en Brasil 591,254 casos de dengue, para el año 2010 se contabilizaban 1'011,647 casos y para el año 2013 la cifra fue de 1'470.487. Estos datos demostrarían que los neumáticos si bien contribuían a la propagación de enfermedades como el dengue, la fiebre amarilla y el paludismo, no constituían el único factor para la propagación del mismo. En consecuencia, aunque se restringió la totalidad de las importaciones de neumáticos hacia Brasil, las cifras que revelaban el desarrollo de dicha enfermedad continuaron en aumento.

Ahora bien, este hecho no significa desconocer que un incremento significativo de neumáticos genere otros efectos nocivos como el riesgo latente de incendios, los mismos que producen emisiones tóxicas y cenizas que contienen metales como el

¹⁴⁶ João A. C. Zequi, *Imaturos de Culicidae (Diptera) Encontrados em Recipientes Instalados em Mata Residual no Município de Londrina, Paraná, Brasil*, Revista Brasileira de Zoologia, Vol. 22, No. 3, (2005) (6). p. 657.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 194.

¹⁴⁸ Organización Mundial de la Salud, *ob. cit.*

¹⁴⁹ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior Secretaria de Comércio Exterior. Portaria N° 24, Publicación N° D.O.U, 28 de agosto de 2009.

¹⁵⁰ Organización Mundial de la Salud, *ob. cit.*

plomo, arsénico y cinc los cuales constituyen elementos altamente dañinos para el hombre.¹⁵¹ Del mismo modo, esta situación plantea un riesgo en la vida y salud de los animales y en la preservación de los vegetales debido a que los aceites liberados por los neumáticos en ebullición pueden contaminar los suelos y el agua.¹⁵²

Teniendo en cuenta estos elementos, consideramos que si bien era necesario restringir la importación de neumáticos a fin de evitar sus efectos dañinos en el Brasil, hecho que en la práctica cumplía la Exención de Brasil,¹⁵³ tampoco podemos considerar que la posición del Órgano de Apelación de restringir la totalidad de neumáticos era la única opción disponible para no ver afectado el objetivo político de Brasil. Como hemos visto, el hecho que se impida la totalidad de las importaciones de neumáticos no ha contribuido a mejorar el objetivo político de Brasil en cuanto a la vida y salud de las personas.

Con la Exención del MERCOSUR, disminuyó sustancialmente la cantidad de neumáticos exportados hacia Brasil. Anteriormente se importaban 14,000 toneladas provenientes de la Comunidad Europea, no obstante, a raíz de la adopción de la referida Exención, en el año 2005 se importaron hacia Brasil 63 toneladas¹⁵⁴ provenientes de países del MERCOSUR. A su vez, para el año 2006 la cifra ascendió a 45 toneladas¹⁵⁵ y para el año 2007 se contabilizaron 3,358 toneladas.¹⁵⁶ Estas estadísticas demuestran que la Exención contribuía a la disminución de neumáticos de desecho y no era contrario al objetivo político trazado por Brasil razón por la cual bien podía estar justificada al amparo del preámbulo del artículo XX del GATT.

Además, es preciso destacar que fue el propio Brasil el que durante todo el proceso ante la OMC justificó la adopción de la Exención no sólo debido a su contribución en la reducción de los efectos nefastos de los neumáticos sino también por el hecho de que dicha medida contribuía totalmente al objetivo político propuesto por Brasil. Podemos inferir entonces que para Brasil esta restricción parcial de las importaciones cumplía

¹⁵¹ Ibid., p. 198, 199 y 202.

¹⁵² Así es como un incendio de neumáticos en Ohio (Estados Unidos) provocó la muerte de miles de peces en un arroyo. Ibid., p. 204.

¹⁵³ Como explica el Grupo Especial, en el año 2004, el número de neumáticos importados hacia el Brasil era de 2,000 toneladas frente a 14,000 toneladas anuales importadas desde la Comunidad Europea. Ibid., p. 268.

¹⁵⁴ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) de Brasil. ob. cit.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid.

perfectamente con sus objetivos trazados, siendo así, no era necesaria la adopción de una restricción absoluta para alcanzar el mismo tal como lo concibió el Órgano de Apelación. Por esas consideraciones, consideramos que la Exención del MERCOSUR debería haberse justificado al amparo del preámbulo del artículo XX del GATT.

A este análisis, debe añadirse el hecho que la Exención del MERCOSUR fue establecida en cumplimiento de lo ordenado por un tribunal arbitral del MERCOSUR. Sobre este aspecto, cabe notar que el Órgano de Apelación en el caso Comunidades Europeas-Focas estableció que si bien el objetivo de la medida es un factor importante en el análisis del preámbulo, pueden existir otros factores a ser tomados en cuenta para la evaluación. Al respecto el Órgano de Apelación ha desarrollado este argumento en los siguientes términos:

“Como se ha indicado, la relación de la discriminación con el objetivo de la medida es uno de los factores más importantes, pero no la única prueba pertinente, para la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable. Dicho de otro modo, podría haber factores adicionales que también fueran pertinentes para esa evaluación global, en función de la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso de que se trate.”¹⁵⁷

Consideramos que teniendo en cuenta las circunstancias especiales de este caso, el Órgano de Apelación debió haber tenido en cuenta que esa discriminación que establecía la Exención de MERCOSUR tenía su origen en la decisión de un tribunal regional, y dicha decisión implicaba para el Brasil el cumplimiento de obligaciones internacionales. El no haberse tomado en cuenta esta circunstancia produjo finalmente un conflicto de obligaciones internacionales y la emisión de dos decisiones contradictorias. Debido a esta situación, consideramos que el Órgano de Apelación pudo haber justificado la Exención del MERCOSUR al amparo del principio de armonización como mecanismo para evitar el conflicto de obligaciones. Dicho principio será materia de análisis en el siguiente capítulo.

¹⁵⁷ Ibid., p. 210 y 211.

CAPITULO III.- EL CONFLICTO DE OBLIGACIONES ANTE LA PARTICIPACION DE LOS ESTADOS EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO Y LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES

3.1. LA RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES

El Acuerdo por el cual se establece la OMC no regula su relación con otros acuerdos internacionales. Por su parte, tampoco el artículo XXIV del GATT trata el tema de la relación entre los acuerdos comerciales regionales que permite y las normas de la OMC.

A nivel internacional, algunos tratados internacionales regulan no sólo las obligaciones contraídas por un Miembro en virtud de dicho acuerdo internacional sino también la relación existente entre dichas obligaciones y las contraídas en virtud de otros convenios internacionales. Resulta ilustrativo mencionar sobre este tema el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas el cual prescribe lo siguiente:

“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.”

Dentro del ámbito regional, determinados acuerdos comerciales han previsto que algunas de sus Partes Contratantes puedan ser Miembros de otros acuerdos comerciales regionales o multilaterales. Debido a la posibilidad de una doble o múltiple membresía, dichos acuerdos han establecido una regulación respecto a los posibles conflictos que puedan surgir entre dicho acuerdo regional y cualquier otro acuerdo internacional. A manera de ejemplo podemos citar el artículo 103 del NAFTA el cual declara la primacía de dicho Acuerdo sobre el GATT disponiendo lo siguiente:

- “1. Las Partes ratifican los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y otros acuerdos de los que sean parte.
2. En caso de conflicto entre tales acuerdos y el presente Tratado, éste prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa.”

Asimismo, el artículo 104 de dicho Acuerdo establece la supremacía de algunos acuerdos medioambientales sobre el NAFTA estipulando lo siguiente:

“1. En caso de contradicción entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en:

a) la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979;

b) el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, del 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas del 29 de junio de 1990;

c) el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, del 22 de marzo de 1989 a su entrada en vigor para México, Canadá y Estados Unidos; o

d) los tratados señalados en el Anexo 104.1,

estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del Tratado.

2. Las Partes podrán acordar por escrito la modificación del Anexo 104.1, para incluir en él cualquier enmienda a uno de los acuerdos a que se refiere el párrafo 1, y cualquier otro acuerdo en materia ambiental o de conservación.”

No obstante la posible existencia de estas normas que proclaman la supremacía de un acuerdo, algunos acuerdos comerciales regionales no han regulado en sus tratados fundacionales el posible conflicto de obligaciones internacionales. Sin embargo, resulta notable observar que han sido sus propios tribunales quienes han interpretado y desarrollado una posición al respecto. Cabe mencionar el ejemplo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina quien ha desarrollado y establecido como un principio fundamental del Ordenamiento Comunitario el de la Supremacía del Derecho Comunitario Andino por el cual el Derecho Comunitario Andino no sólo prima sobre las normas de derecho interno de los países Miembros sino también sobre las normas de derecho internacional. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha expresado lo siguiente:

“Dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este marco ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario y las normas de derecho internacional.”¹⁵⁸

¹⁵⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. PROCESO 190-IP-2007, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1614, 30 de abril de 2008, p. 20.

Asimismo, resulta relevante mencionar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado específicamente sobre la relación entre el derecho comunitario y las normas de la OMC, reafirmando la preeminencia del primero sobre el segundo. Sobre este tema concreto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado manifestando que:

“El hecho de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan”.¹⁵⁹

Es preciso destacar que si bien el Tribunal Andino ha desarrollado el principio de supremacía, este hecho no lo ha llevado a desconocer la importancia de otros acuerdos internacionales de los cuales muchos de sus Miembros son partes. De esta manera, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de la misma forma que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mostrado su preferencia por la aplicación de la doctrina de la interpretación consistente. Reyes¹⁶⁰ nos explica que en aplicación de dicha doctrina, se ha establecido que siempre que sea posible y necesario el derecho comunitario debe interpretarse de conformidad con los acuerdos internacionales. Sobre este tema Reyes ha sostenido que:

“The ACJ has shown its preference for the utilization of the doctrine of consistent interpretation and maintained that, whenever possible and necessary, community law should be interpreted in conformity with international agreements, in particular if international law has been the source of community law. The ACJ has recognized the usefulness of the concepts and categories of international law to clarify community law, in particular whenever some ambiguous or blurred terms are found.”

¹⁵⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 118-AI-2003, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1206, 13 de junio de 2005.

¹⁶⁰ REYES TAGLE, Yovana. The Law of Regional and Multilateral Agreements: How does Andean Community law relate to WTO rules?, 2014. Disponible en: <http://www.wti.org/institutional-cooperation/seco-wti-project/publications/>.

En este mismo sentido, Baldeón¹⁶¹ expresa que de acuerdo a dicha doctrina debe preferirse una interpretación coherente con las obligaciones internacionales. El mencionado autor precisa que:

“cuando una norma nacional o regional permite diferentes interpretaciones, debe optarse por aquella interpretación que resulte coherente o conforme con las obligaciones internacionales”.

El Tribunal Andino ha mostrado su preferencia por la interpretación consistente en los siguientes términos:

“el Tribunal reconoce (...) la utilidad hermenéutica de los conceptos y categorías de la norma internacional para esclarecer los términos ambiguos u oscuros de la comunitaria así como el interés en preferir, cuando fuere posible y necesario, la interpretación compatible de ésta con aquélla, particularmente si la norma internacional ha sido fuente de la comunitaria, pero juzga inadmisibles que ésta sea reemplazada por aquélla y aplicada en su lugar”.¹⁶²

Por otro lado, podemos mencionar que en el ámbito del MERCOSUR, existen disposiciones que exigen a sus Miembros actuar de conformidad con sus obligaciones asumidas en el marco de los Acuerdos adoptados en el ámbito de la OMC. Esa filosofía se ve reflejada, por ejemplo, en el artículo 1 de la Decisión del Consejo del MERCOSUR N° 10/94 el cual afirma que:

“Los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente decisión.”¹⁶³

De manera similar, en el artículo 2 del Protocolo de armonización de normas en materia de diseños industriales, aprobado mediante la Decisión del Consejo del MERCOSUR N°16/98, se establece el respeto a la obligaciones contraídas en el ámbito de la OMC.

Dicha norma señala que:

“ninguna disposición del presente Protocolo afectará las obligaciones de los Estados Partes resultantes del (...) Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos

¹⁶¹ BALDEÓN HERRERA, Genaro. La Organización Mundial del Comercio y la Comunidad Andina: la posición de los acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico andino. En: Agenda Internacional, Año XVII, N° 28, 2010.p. 70.

¹⁶² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 35-AN-2003, 25 de agosto de 2004.

¹⁶³ MERCOSUR, Decisión del Consejo del Mercado Común. Documento MERCOSUR/CMC/DEC. N° 10/94: Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del MERCOSUR.

de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994), anexo al acuerdo de creación de la Organización Mundial de Comercio (1994)”.¹⁶⁴

En el ámbito de la OMC, existen diversas disposiciones que exigen a los países Miembros adoptar medidas a fin de no vulnerar las obligaciones asumidas en el marco de dicha organización. En este sentido, los Miembros de la OMC deben velar para que sus autoridades locales o regionales cumplan con las disposiciones contenidas en los Acuerdos de la OMC. Sobre el particular, el párrafo 12 del artículo XXIV del GATT dispone lo siguiente:

“Cada parte contratante deberá tomar las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que, dentro de su territorio, los gobiernos y autoridades regionales y locales observen las disposiciones del presente Acuerdo.”

Al respecto, es ilustrativo mencionar el caso Canadá-Medidas que afectan la venta de monedas de oro planteado en el marco del GATT 1947. En esta oportunidad, el Grupo Especial recurrió a los informes de las negociaciones del GATT y a las propuestas de las delegaciones para determinar que:

“La historia del proceso de redacción indica, a juicio del Grupo Especial, que el párrafo 12 del artículo XXIV se aplica únicamente a las medidas tomadas a nivel local o regional que el Gobierno Federal no pueda controlar porque quedan fuera de su jurisdicción de acuerdo con la distribución de competencias que establece la constitución”.¹⁶⁵

Asimismo, se desprende del párrafo 12 del artículo XXIV del GATT que es la Parte Contratante quien debe demostrar que ha tomado todas las medidas razonables a su alcance con el objetivo de asegurar la observancia de las disposiciones del GATT. Al respecto, el Grupo Especial en el caso importación, distribución y venta de bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización Canadienses argumentó lo siguiente:

“las medidas tomadas por el Gobierno del Canadá no eran, evidentemente, todas las medidas razonables que podían estar a su alcance para lograr que los organismos provinciales de comercialización de bebidas alcohólicas observaran las disposiciones del Acuerdo General, conforme a lo dispuesto en el párrafo 12

¹⁶⁴ MERCOSUR. Decisión del Consejo del Mercado Común. Documento MERCOSUR/CMC/DEC. N°16/98: Protocolo de armonización de normas en materia de diseños industriales, aprobado mediante la Decisión del Consejo del MERCOSUR N°16/98.

¹⁶⁵ Véase las diferencias planteadas en el marco del GATT 1947. Informe del Grupo Especial. Canadá-Medidas que afectan la venta de monedas de oro. Documento L/ 5863, p. 23.

del artículo XXIV, y que, en consecuencia, el Gobierno del Canadá no había cumplido todavía las disposiciones de dicho párrafo”.¹⁶⁶

Por otro lado, el Acuerdo de la OMC exige a sus Miembro adoptar normas y procedimientos consistentes con las obligaciones asumidas en el ámbito de dicha organización internacional. Esta obligación se expresa en el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de la OMC el cual estipula que:

“Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”.

Por su parte, el Grupo Especial en el caso Estados Unidos- Artículo 301 Ley de Comercio Exterior, opinó que los Miembros no podían justificar violaciones o incumplimientos a sus obligaciones en el ámbito de la OMC alegando sus disposiciones de derecho interno. De conformidad con dicho pronunciamiento:

“El párrafo 4 del artículo XVI no sólo impide que se aleguen las disposiciones de derecho interno para justificar incompatibilidades con las normas de la OMC, sino que exige que los Miembros de la OMC pongan efectivamente su derecho interno en conformidad con las obligaciones que les imponen las normas de la OMC.”

Por otra parte, los países miembros de la OMC participan en negociaciones encaminadas al establecimiento de acuerdos comerciales regionales o son parte de éstos, como sucede con los Miembros que son partes en el MERCOSUR. No obstante, dichos países tienen la obligación de notificar dichos acuerdos ante la OMC,¹⁶⁷ con el objetivo de que se analice la coherencia de estos acuerdos con los Acuerdos de la OMC.

El Comité de Acuerdos Comerciales Regionales examina los acuerdos regionales comerciales, como uniones aduaneras y zonas de libre comercio, comprendidos en el alcance del artículo XXIV del GATT así como los acuerdos regionales referidos al

¹⁶⁶ Véase las diferencias planteadas en el marco del GATT 1947. Informe del Grupo Especial. Canadá - Importación, distribución y venta de bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización canadienses. Documento L/6304 - 35S/38, párrafos 4.34 y 4.35.

¹⁶⁷ OMC, Consejo General. Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales. Decisión de 14 de diciembre de 2006. Documento WT/L/671. p. 2.

comercio de servicio contemplados en el artículo V del AGCS. Asimismo, el Comité de Comercio y Desarrollo examina los acuerdos regionales comerciales entre países en desarrollo suscritos a la luz de la Cláusula de Habilitación.

Hasta enero del 2015, se notificaron al GATT/OMC, 604 acuerdos comerciales regionales, de los cuales 398 estaban en vigor.¹⁶⁸ A pesar que muchos Miembros han notificado su participación en diversos acuerdos regionales comerciales, “solamente un informe de evaluación de un acuerdo comercial regional ha sido adoptado hasta la fecha (unión aduanera entre la República Checa y la República de Eslovaquia)”.¹⁶⁹ Por tal motivo, no existe un Informe que declare la compatibilidad de dichos acuerdos regionales con los normas de la OMC.

Asimismo los Paneles y el Órgano de Apelación deciden en caso de producirse una alegación por parte de un Miembro de la OMC, la consistencia de las medidas adoptadas en el marco de dichos acuerdos con la normas de la OMC conforme lo estableció el Órgano de Apelación en el caso Turquía-Textiles.¹⁷⁰

Si bien estos acuerdos regionales permiten al Miembro de la OMC apartarse del principio de la nación más favorecida, concediendo un trato preferencial a sus socios comerciales, dichos Miembros están obligados a implementar dichos acuerdos comerciales regionales de forma tal que tengan por finalidad facilitar el comercio internacional y no establecer obstáculos al comercio contra terceros.¹⁷¹ Este entendimiento ha sido enfatizado por el Órgano de Apelación en el caso Turquía-Textiles al afirmar que:

“La unión aduanera debe facilitar el comercio dentro de ella, pero no debe hacerlo en forma que erija obstáculos al comercio con terceros países. Observamos que en el Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV se reafirma expresamente esa finalidad de una unión aduanera y se estipula que sus miembros constitutivos deben "evitar, en toda la medida

¹⁶⁸ OMC. Acuerdos comerciales regionales. Disponible en:
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm.

¹⁶⁹ MADERO RINCON, Alberto. Hacia la certidumbre jurídica en la determinación de la norma aplicable en el comercio internacional: la congruencia entre los acuerdos comerciales y la Organización Mundial del Comercio. En: Revista de Derecho Económico Internacional; Instituto Tecnológico Autónomo de México. Vol. 3, No. 1, Diciembre 2012.p. 19.

¹⁷⁰ OMC, Informe del Órgano de Apelación, ob. cit., párrafo 60.

¹⁷¹ Artículo XXIV 4) del GATT y artículo V 4) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

posible, que su establecimiento o ampliación tenga efectos desfavorables en el comercio de otros miembros”.¹⁷²

Del mismo modo, debemos señalar que si bien los acuerdos comerciales regionales se encuentren amparados por el artículo XXIV del GATT o la Cláusula de Habilitación, la participación de los Miembros de la OMC en dichos acuerdos no los exime del cumplimiento de sus obligaciones en el marco de la OMC. En torno a esta responsabilidad de los países Miembros de la OMC, el Órgano de Apelación en el caso Turquía- textiles precisó algunos límites con respecto a la utilización del artículo XXIV, indicando que:

“el artículo XXIV sólo puede invocarse como defensa frente a una constatación de que una medida es incompatible con determinadas disposiciones del GATT cuando esa medida se introduce con ocasión del establecimiento de una unión aduanera que cumple lo prescrito en el apartado a) del párrafo 5 del artículo XXIV con respecto a los "derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales" aplicados por los miembros constitutivos de la unión aduanera al comercio con terceros países.”¹⁷³

Por otro lado, podemos mencionar que el Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV GATT (1994) ha establecido que los acuerdos comerciales regionales no pueden erigirse como un obstáculo al comercio ni generar perjuicios a terceros. De esta manera, el referido Entendimiento establece que:

“las partes en esos acuerdos deben evitar, en toda la medida posible, que su establecimiento o ampliación tenga efectos desfavorables en el comercio de otros Miembros” (Preámbulo).

Dicho entendimiento también reconoce la responsabilidad por parte de los países miembros por la observancia de las normas de la OMC dentro del territorio de los mismos.

Finalmente, es relevante mencionar que en la Declaración Ministerial de Singapur se hace mención expresa a que los acuerdos comerciales regionales deben ser compatibles con el sistema de comercio multilateral. Dicha Declaración concluye que:

¹⁷² Ibid., p. 18.

¹⁷³ Ibid., p.16.

“En vista de la expansión y la amplitud de los acuerdos regionales, es importante analizar si es preciso aclarar más el sistema de derechos y obligaciones de la OMC en relación con los acuerdos comerciales regionales. Reafirmamos la primacía del sistema de comercio multilateral, que incluye un marco para el desarrollo de los acuerdos comerciales regionales, y renovamos nuestro compromiso de asegurar que los acuerdos comerciales regionales sean complementarios de aquél y compatibles con sus normas.”¹⁷⁴

Como se puede observar, la OMC reconoce la relevancia de los acuerdos regionales en la promoción hacia una mayor liberalización del comercio que permite principalmente a los países en desarrollo y menos adelantados insertarse en el sistema multilateral de comercio. No obstante, el reconocimiento de dicha relevancia en el sistema del comercio mundial, dicha Declaración reafirma el rol fundamental del sistema multilateral de comercio demandando la compatibilidad de las normas de los acuerdos comerciales regionales con las normas de la OMC.

3.2. LOS TRIBUNALES DE LOS ACUERDOS COMERCIALES Y SU INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS REGIONALES DE MANERA COHERENTE CON EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO

Desde una perspectiva regional, podemos observar cómo los tribunales arbitrales del MERCOSUR han mostrado interés en citar, referirse y aplicar la jurisprudencia de la OMC para interpretar las normas del MERCOSUR o a fin de fortalecer su interpretación respecto a principios de derecho internacional.¹⁷⁵

Asimismo, las interpretaciones dadas por un Grupo Especial de la OMC han sido consideradas por los tribunales arbitrales del MERCOSUR como fuente secundaria de dicho sistema regional, reconociendo que un proceso arbitral puede finalizar cuando una parte deroga la norma incompatible con los acuerdos regionales antes de que el tribunal se constituya o dicte una decisión final. Esta consideración se produce teniendo en cuenta la jurisprudencia sentada en el Informe de 1982 del Grupo Especial en el asunto “Estados Unidos, Prohibición de importaciones de atún, procedentes de Canadá”. En

¹⁷⁴ OMC, Conferencia Ministerial. Declaración Ministerial de Singapur. Documento WT/MIN(96)/DEC, Singapur, 18 de diciembre de 1996. Disponible en:

https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm.

¹⁷⁵ MARCEAU, Gabrielle, IZAGUERRI, Arnau, LANOVOY, Vladyslav. ‘The WTO’s Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation’. *Journal of World Trade* 47, N° 3 (2013). p. 494.

dicho Informe, se examinó una prohibición impuesta por los Estados Unidos el 31 de agosto de 1979 que fue levantada durante las actuaciones del Grupo Especial el 4 de septiembre de 1980.¹⁷⁶ Al respecto se ha sostenido:

“The Tribunal mentioned secondary sources, namely on the WTO, in order to acknowledge that the abrogation of a norm can entail the extinction of the dispute... It is interesting that MERCOSUR chose a WTO reference instead of quoting other international jurisdictions where this issue had been thoroughly discussed. One possible explanation for this choice is that the tribunal was seeking to bolster the inter-regime coherence. In the alternative, given the specialized knowledge and scope of the MERCOSUR tribunals, it could be that the ICJ case law is not necessarily as well known among the arbitrators as compared to the WTO.”¹⁷⁷

Como podemos observar, el tribunal arbitral del MERCOSUR ha utilizado el acervo de la OMC a fin de apoyar la interpretación de sus normas, este hecho también lo podemos evidenciar en otros tribunales internacionales.

En el caso de la Unión Europea, el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no confiera efecto directo a las normas de la OMC, no significa que de manera indirecta no haya tomado en cuenta dichas normas. Dicho Tribunal europeo se ha mostrado dispuesto a interpretar las normas comunitarias, en la medida que sea posible, de conformidad con el derecho de la OMC. Sobre este aspecto, Bronckers¹⁷⁸ nos explica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la legislación comunitaria, parece ser que se ha visto influenciado por los precedentes establecido en la OMC y de manera implícita trata de evitar inconsistencias con los mismos. Se ha destacado al respecto que:

“Thus, even if the European courts do not explicitly rely on a pertinent WTO ruling in interpreting EC law, it seems a fair guess that they are influenced by WTO precedents and, albeit implicitly, seek to avoid inconsistencies.”

Asimismo, dicho autor ha identificado determinados casos en los cuales el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha apartado de una interpretación clásica, optando por

¹⁷⁶ Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR. Laudo: Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación de derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la república argentina con la república oriental del Uruguay. p. 14.

¹⁷⁷ MARCEAU, Gabrielle, IZAGUERRI, Arnau, LANOVOY, Vladyslav, ob. cit., p. 504.

¹⁷⁸ BRONCKERS, Marco. From ‘direct effect’ to ‘mute dialogue’ Recent Developments in the European Courts’ Case Law on the WTO and Beyond. *Journal of International Economic Law*. Vol. 11 No. 4, Oxford University Press, 2008.p. 889.

una consistente con lo desarrollado por el Órgano de Apelación de la OMC. En este sentido, el referido autor sostiene:

“Similarly, a few months earlier the ECJ gave an interpretation of the EC tariff classification of boneless chicken cuts, which deviated from the traditional interpretation given by EC customs authorities but which was consistent with a WTO Appellate Body ruling, which had condemned the latter interpretation. Again, the European Court did not refer to the WTO ruling in its findings, but its judgment can be read as an effort to avoid inconsistencies with the WTO Appellate Body.”¹⁷⁹

Como podemos apreciar si bien explícitamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no hace referencia en sus conclusiones a las normas e interpretaciones en el ámbito de la OMC, se evidencia que dicho tribunal indirectamente las aplica a fin de evitar inconsistencias con las mismas.

Por otro lado, resulta ilustrativo presentar la manera como los tribunales arbitrales del NAFTA han recurrido a las interpretaciones desarrolladas en el ámbito de la OMC. Sobre este tema, Reyes¹⁸⁰ nos explica que tanto los Informes de los Grupos Especiales como los del Órgano de Apelación son utilizados para seguir una línea de razonamiento en el análisis de un caso, y que dichos tribunales han mostrado interés en recurrir a dichos Informes para realizar una interpretación de las normas del NAFTA. A su vez, dicha jurisprudencia de la OMC también es usada como evidencia para analizar la legalidad de la conducta de un Estado. Asimismo, los tribunales arbitrales del NAFTA han utilizado conceptos propios del ámbito de la OMC como el “todo único” o la definición de “conflicto”. Con respecto a la forma en la cual los tribunales arbitrales del NAFTA se han referido a la jurisprudencia de la OMC, a manera de ilustración se hace referencia a los siguientes casos en los que los tribunales arbitrales sostuvieron lo siguiente:

“The WTO Panel in the Korean Dairy Products case adopted the definition of “conflict” in several earlier cases, including the report of the Appellate Body of the WTO in Guatemala Cement, at paragraph 65.51 The latter case suggests that provisions of agreements in the WTO system should be read as complementary...”¹⁸¹

¹⁷⁹ BRONCKERS, Marco, ob. cit., p. 889 y 890.

¹⁸⁰ REYES TAGLE, Yovana. The North American Free Trade Association (NAFTA) and the WTO. Presentación del 26 de abril de 2015, University of Helsinki, Finland (en archivos del autor).

¹⁸¹ NAFTA Arbitral Award. SD Myers, INC. v. Canada, NAFTA Arb. UNCITRAL Arb. Rules, Partial Award, 13 Noviembre de 2000.

En otro caso referente a subsidios, el tribunal arbitral del NAFTA manifestó:

“It is no matter for legal or economic surprise, then, that an independent GATT panel found no theoretical obstacle to a stumpage program, like that conducted in Canada, being a subsidy”.¹⁸²

Teniendo en cuenta lo expuesto, se observa que actualmente un país puede ser al mismo tiempo Parte de acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales y que ello lleva a la coexistencia de una serie de obligaciones internacionales asumidas por dicho país en distintos ámbitos. Esta situación puede dar lugar al surgimiento de posibles conflictos en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de cada uno de dichos acuerdos.

Hemos identificado la manera mediante la cual algunos Tratados y tribunales regionales a través de un desarrollo jurisprudencial han tratado de encontrar una solución al respecto. En determinados casos se ha establecido la primacía de determinadas normas internacionales. No obstante, la práctica jurisprudencial revela la manera mediante la cual estos tribunales en la práctica toman en cuenta las disposiciones de otros acuerdos internacionales o la jurisprudencia desarrollada en la OMC contribuyendo a lograr una coherencia entre las obligaciones multilaterales y las contraídas en el marco de los acuerdos comerciales regionales.

3.3. CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS MULTILATERALES Y REGIONALES POR PARTE DE LOS ESTADOS

Los Estados Miembros de la OMC están obligados al cumplimiento de las normas multilaterales; en caso contrario, la Parte Contratante cuyo derecho haya sido anulado o menoscabado puede recurrir ante el Órgano de Solución de Diferencias y hacer uso del mecanismo de solución de diferencias previsto en el Entendimiento de Solución de Diferencias. Este sistema prevé la posibilidad de aplicar medidas compensatorias y el retiro de concesiones por parte de otros Miembros de la OMC.

Muchos de estos países miembros de la OMC son también Partes en acuerdos comerciales regionales. En consecuencia, si bien deben cumplir con sus obligaciones

¹⁸² NAFTA Arbitral Award. Certain Softwood Lumber Products from Canada (Countervailing Duty) USA-CDA-1992-1904-01.

regionales, al mismo tiempo están sometidos a la observancia de las normas multilaterales. Sobre este tema del cumplimiento de las obligaciones, el Grupo especial en el asunto Turquía- Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestidos declaró que:

“No puede aceptarse que las disposiciones del artículo XXIV sobre acuerdos comerciales regionales eximan a los miembros constitutivos de una unión aduanera de la obligación de someterse a la primacía de las normas de la OMC. En ese contexto nos referimos también a la Declaración Ministerial de Singapur, donde los Miembros declararon: «Reafirmamos la primacía del sistema de comercio multilateral...»¹⁸³

Desde la óptica del Grupo Especial, los Estados miembros de acuerdos comerciales regionales no sólo están obligados a observar la normativa multilateral sino que, además, las medidas que se adoptan en el marco de un acuerdo regional deben guardar una coherencia con las normas multilaterales, garantizando el respeto de derechos y obligaciones de terceros.¹⁸⁴

Por otro lado, las partes integrantes de un acuerdo regional se enfrentan a la situación de tener que cumplir con sus obligaciones regionales las cuales podrían eventualmente estar en contradicción con sus obligaciones multilaterales. Esta circunstancia se presentó en el caso Brasil – Neumáticos. En dicho caso, tras haberse determinado que la Exención del Mercosur era contraria a las disposiciones de la OMC, Brasil acepta cumplir con las recomendaciones del OSD solicitando un plazo prudencial de 19 meses a fin de negociar un nuevo régimen para la importación de neumáticos usados y recauchutados con los países miembros del MERCOSUR. Dicha negociación buscaba evitar un conflicto con sus obligaciones y normas vigentes en el marco del Mercosur conforme a lo interpretado por el Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR,¹⁸⁵ el mismo que

¹⁸³ BALDEON HERRERA, Genaro, ob. cit., p. 2.

¹⁸⁴ Ibid., p. 163.

¹⁸⁵ OMC. Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Documento WT/DS332/16, 29 de agosto de 2008.p. 7. Asimismo, el Protocolo de Brasilia, que rigió la solución de diferencias en este caso, establecía en su artículo 21.1 que los laudos del tribunal arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ello fuerza de cosa juzgada.

decidió el reclamo entre Uruguay y Brasil por la prohibición de neumáticos en el ámbito de ese acuerdo comercial regional.¹⁸⁶

Este caso, pone en evidencia que existen situaciones en las cuales el cumplimiento de obligaciones multilaterales puede derivar en un incumplimiento de obligaciones regionales. Esta situación se agrava cuando el incumplimiento significaba omitir el laudo del Tribunal Ad hoc del MERCOSUR. Al respecto, para comprender la magnitud del problema, es relevante mencionar lo establecido por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en el Laudo N° 1/2007 sobre el tema de incumplimiento de laudos arbitrales y sus consecuencias para los procesos de integración. Dicho tribunal ha enfatizado que:

“Así, la falta de observancia de una decisión del Tribunal, además de perjudicar al Estado Parte beneficiado por la misma, pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del MERCOSUR, provocando, asimismo, una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación al proceso en su conjunto (...) A lo anterior es del caso agregar que el incumplimiento de un laudo del Tribunal, de perdurar en el tiempo, llegado el caso, puede tener por un efecto contagioso sobre los Estados Partes, con lo cual la potencialidad del hecho aumenta considerablemente pudiendo llegar a comprometer las bases mismas del proceso de integración.”¹⁸⁷

Teniendo en cuenta las implicancias del incumplimiento de sus obligaciones en el ámbito del MERCOSUR, Brasil se encontraba en la disyuntiva en la medida que el cumplimiento del Informe del Órgano de Apelación de la OMC llevaba al incumplimiento del laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del MERCOSUR. Por lo tanto, ante la decisión de acatar las recomendaciones del OSD y teniendo en cuenta la repercusión de dicha decisión en el ámbito del MERCOSUR, Brasil presentó en abril del 2008 en el marco de la LXXIª Reunión del Grupo de Mercado Común, una propuesta para la creación del Grupo Ad Hoc sobre la Política Regional para el Comercio de Neumáticos Reformados y Usados para la Elaboración de una Política Común MERCOSUR para Neumáticos Reformados.¹⁸⁸

Cuando en junio del 2008 las Comunidades Europeas solicitaron un arbitraje vinculante de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD ante el incumplimiento de

¹⁸⁶ OMC, ob. cit., p. 29.

¹⁸⁷ Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo N° 1/2007, 08 de junio de 2007. p. 07 y 08.

¹⁸⁸ Mientras esta situación sucedía en el ámbito de la OMC, a nivel del MERCOSUR Argentina y Uruguay recurrían al tribunal arbitral del MERCOSUR también en relación al tema de neumáticos remoldeados.

las recomendaciones y resolución del OSD por parte de Brasil, este país lograba simultáneamente que mediante la Resolución GMC N° 25/08, el Grupo del Mercado Común creara el Grupo Ad Hoc para una Política Regional sobre Neumáticos inclusive Reformados y Usados (GAHN) a fin de elaborar antes de fines de 2008, una política del MERCOSUR para el comercio de neumáticos reformados y usados.¹⁸⁹

Estas medidas indicaban que en el ámbito del MERCOSUR los países miembros eran conscientes que el tema de los neumáticos reformados y usados era controversial en el ámbito de ese acuerdo regional y que incluso había suscitado el inicio de una serie de procesos arbitrales sobre dicha materia entre Uruguay y Argentina,¹⁹⁰ y colocado al Brasil en un procedimiento ante la OMC. Por tal motivo, la iniciativa de Brasil fue apoyada por las delegaciones de Uruguay y Argentina.¹⁹¹

Por otro lado, es pertinente mencionar que Uruguay era el principal perjudicado ante el posible incumplimiento de Brasil del Laudo Arbitral del MERCOSUR. No obstante, Uruguay nunca inició un procedimiento para la aplicación de medidas compensatorias contra el Brasil,¹⁹² a pesar de que tanto el artículo 23 del Protocolo de Brasilia y el

¹⁸⁹ Véase MERCOSUR, Resolución del Grupo Mercado Común. Creación del Grupo Ad Hoc para una Política Regional de Neumáticos inclusive Reformados y Usados (GAHN). Documento MERCOSUR/GMC EXT /RES, N° 25/08.

¹⁹⁰ Tribunal *Ad Hoc* del MERCOSUR. Laudo del Tribunal *Ad Hoc* del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Prohibición de importación de neumáticos remoldeados" (revocado por el Laudo del TPR), 25 de octubre de 2005. Véase también, Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el Recurso de Revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de fecha 25 de Octubre de 2005 en la Controversia "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay", Laudo N° 01/2005, 20 de diciembre de 2005; Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo complementario del Tribunal Permanente de Revisión que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al Laudo Arbitral dictado por este entre el 20 de Diciembre de 2005 en la Controversia "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay", Laudo N° 01/2006 del 13 de enero de 2006; Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias – controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay, Laudo N° 01/2007 del 08 de junio de 2007; y Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el asunto N° 1/2008 "Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo N° 1/05, iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 Protocolo de Olivos)", Laudo N° 01/2008 del 25 de abril del 2008.

¹⁹¹ Véase MERCOSUR, Grupo Mercado Común. Documento MERCOSUR/GMC/ACTA N° 01/08. Buenos Aires 15 y 16 de abril de 2008.p. 12.

¹⁹² Al respecto debemos mencionar que a pesar que este futuro incumplimiento por parte de Brasil de sus obligaciones comerciales regionales tenía su origen en la decisión del OA y su adopción por el OSD, no se debe olvidar el derecho del tercero perjudicado para solicitar una compensación. Sobre un tema relacionado al mismo y la responsabilidad de los Estados y la organización internacional. Véase RIETER,

artículo 27 del vigente Protocolo de Olivos permiten a la parte vencedora aplicar medidas compensatorias a la parte vencida a fin de solucionar una situación de incumplimiento del derecho regional jurisdiccionalmente declarado.¹⁹³ Por su parte y en relación a este hecho, es interesante recordar que durante la controversia surgida en el ámbito de la OMC en el caso de los neumáticos entre Brasil y la Comunidad Europea, Brasil había expresado al Grupo Especial que:

“El comercio de neumáticos usados entre países del MERCOSUR es insignificante. En 2003 no hubo exportaciones de ese tipo de neumáticos de países del MERCOSUR al Brasil. En 2004, la Argentina exportó 23 toneladas, y el Uruguay 7 toneladas de neumáticos usados al Brasil, cifras que representaron menos del 0,05 por ciento del volumen total de importación de neumáticos usados”.¹⁹⁴

Asimismo, Brasil argumentó que existía:

“la posibilidad de que neumáticos usados en las Comunidades Europeas sean remoldeados en un país del MERCOSUR y después exportados al Brasil, porque el Brasil no tiene ningún control sobre la producción de neumáticos remoldeados en otros miembros del MERCOSUR. Cabe señalar, no obstante, que sólo el Paraguay y el Uruguay exportan neumáticos remoldeados al Brasil. La capacidad de producción de esos países es relativamente limitada...”¹⁹⁵

En su conjunto, todos estos elementos nos pueden ayudar a entender las razones por las cuales Uruguay, quien aparentemente se veía perjudicado por la decisión de Brasil, nunca exigió al Brasil el cumplimiento de sus obligaciones en el marco del acuerdo regional del MERCOSUR.

Finalmente, podemos mencionar que el GAHN nunca llegó a elaborar una política del MERCOSUR para el comercio de neumáticos reformados y usados. La Resolución GMC N° 25/08 que estableció la creación del GAHN fue derogada en el año 2012. Como corolario, en el año 2009 Brasil definitivamente prohibió la expedición de

Eva y DE WAELE, Henri. *Envolving Principles of International Law*; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.p. 13-24.

¹⁹³ Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo N° 1/2007, párrafos 9.2 y 9.3.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 349.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 350.

licencias para la importación de neumáticos usados y recauchutados independientemente de su origen.¹⁹⁶

Actualmente, la importación de dichos neumáticos se encuentra prohibida no sólo para los miembros del MERCOSUR sino también para los de la OMC. De esta manera, Brasil cumplió, además de la adopción de otras medidas,¹⁹⁷ con lo dispuesto por el OSD. Como resultado esta medida, en la reunión del OSD de 25 de septiembre de 2009, Brasil informó con satisfacción que había dado pleno cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹⁹⁸

De lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos observar que en el actual contexto de pluralidad de acuerdos regionales y la existencia de normas multilaterales resulta probable que puedan surgir más casos en donde se puedan apreciar las incompatibilidades en el cumplimiento de obligaciones tomando como referencia ambos ámbitos de actuación. En este contexto, algunos autores¹⁹⁹ sostienen que tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación deberían optar por una interpretación que contemple una armonización entre las normas de la OMC con la decisiones y obligaciones asumidas dentro del marco de un acuerdo comercial regional, evitándose de esta manera la generación de un incumplimiento de obligaciones por parte de un Miembro en ambos foros de negociación.

En esta línea de pensamiento, encontramos autores como Julia Ya²⁰⁰ quien nos explica que en el caso Brasil- Neumáticos el Órgano de Apelación pudo haber optado por una interpretación alternativa a fin de evitar un conflicto de obligaciones. Antes de pasar al

¹⁹⁶ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior Secretaria de Comércio Exterior, ob. cit.

¹⁹⁷ OMC. Informe de la situación relativo a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD presentado por el Brasil. Documento WT/DS332/19/Add.6, 15 de septiembre de 2009. En el punto 2 de este Informe se hace referencia a las importaciones de neumáticos usados que ingresaban al Brasil en virtud de mandatos judiciales. Brasil por su parte notifica que “el 24 de junio de 2009 el Tribunal Supremo del Brasil constató que la importación de neumáticos usados infringe preceptos fundamentales consagrados en la Constitución del Brasil, incluidos los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado. En consecuencia, las decisiones de los tribunales de rango inferior por las que se autorizaba la importación de neumáticos usados han perdido sus efectos jurídicos”.

¹⁹⁸ Información disponible en: <https://www.wto.org/indexsp.htm>.

¹⁹⁹ Ya Qin, Julia. Managing Conflicts between Rulings of WTO and RTA Tribunals: Reflections on the Brazil–Tyres Case. Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series No. 09-24, 16 de octubre de 2009.p. 1-25.

²⁰⁰ Ya Qin, Julia, ob. cit., p. 1-25.

desarrollo de este enfoque, presentamos los elementos que van a servir de base para comprender el análisis de la autora.

Conforme a lo antes expuesto, el preámbulo del artículo XX del GATT establece que las medidas enumeradas en los literales de la a) a la j) del mismo no deben aplicarse: “...en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones”.

Teniendo en cuenta la redacción del preámbulo, debemos notar que el análisis formulado por Julia Ya no gira en torno a los términos de discriminación arbitraria o injustificable como hemos venido desarrollando a lo largo de este trabajo. Dicho análisis se enfoca en la discriminación basada en la prevalencia o no de las mismas condiciones entre países considerando que la manera en la cual los Grupos Especiales u Órgano de Apelación han venido analizando el concepto de discriminación previsto en el preámbulo del artículo XX del GATT ha contribuido a que no se hayan tomado en cuenta en su análisis el concepto de “las mismas condiciones”. La referida autora sostiene que:

“...the AB’s analysis of the concept of discrimination under the chapeau may also have contributed to the lack of focus on the concept of like conditions. The AB has enunciated a three-element approach to the interpretation of the nondiscrimination requirement under the chapeau: first, the application of the measure in question must result in discrimination; second, the discrimination must be arbitrary or unjustifiable in character; and third, the discrimination must occur between countries where the same conditions prevail. The problem with this three-element analysis is that it separates the concept of “discrimination” from its defining term “between countries where the same conditions prevail.” By treating “discrimination” as an independent element, it is possible to reach a conclusion on the “arbitrary” or “unjustifiable” character of discrimination without having first to make a finding on the likeness between the countries concerned.”²⁰¹

Al respecto, es necesario mencionar que el análisis con respecto a si prevalecen o no las mismas condiciones entre dos Miembros de la OMC no ha sido muy desarrollado por los Grupos Especiales u Órgano de Apelación en el contexto del preámbulo del artículo XX del GATT. A manera de ilustración se puede tener en cuenta el caso Argentina-Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados donde incluso se determinó que no era necesario examinar la similitud de

²⁰¹ Ya Qin, Julia, ob. cit., p. 260 y 261.

condiciones entre países dentro del examen del preámbulo. Sobre este tema, el Grupo Especial afirmó:

“La Argentina no ha conseguido convencernos de que, en el presente caso y a los efectos de aplicación de la introducción general, entre la Argentina y las Comunidades Europeas no [prevalecen] las mismas condiciones....Hay que recordar, además, que el Órgano de Apelación, en el asunto Estados Unidos - Gasolina -asunto que se refería también a la discriminación entre productos importados y productos nacionales similares- no examinó específicamente si prevalecían "las mismas condiciones" en el Brasil y Venezuela, por una parte, y los Estados Unidos, por otra, ni formuló ninguna constatación al respecto. Véase el informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Gasolina, supra, páginas 26-30. Por consiguiente, no consideramos necesario seguir examinando este elemento”.²⁰²

Teniendo como base esta introducción, pasaremos a analizar en detalle esta nueva interpretación. Para Julia Ya el tipo de discriminación prohibida en el preámbulo se basa en el tratamiento diferenciado entre países en donde prevalecen las mismas condiciones.²⁰³ De esta manera, la discriminación prevista en el preámbulo es diferente a la discriminación en el trato dado a los productos procedentes de distintos países, cuya incompatibilidad pudiera haberse ya constatado con relación a alguna de las obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994 tales como las previstas en el artículo I y III del GATT.

Es este sentido, se explica que ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación distinguieron entre la discriminación basada en el producto (artículos I ó III del GATT) y la discriminación basada en la condición (preámbulo del artículo XX del GATT). Debido a esta falta de distinción, no se discutió la existencia de las mismas condiciones entre los países del MERCOSUR y los Miembros de la OMC. En efecto, únicamente se tuvieron en cuenta la semejanza de los neumáticos recauchutados importados de países del MERCOSUR y aquellos importados por la Comunidad Europea.

Asimismo, también se visualiza que si se hubiera analizado las “condiciones” se hubiera evidenciado, por ejemplo, que la capacidad de producción de neumáticos recauchutados para la exportación era superior en la Comunidad Europea que en los países del

²⁰² OMC, Informe del Grupo Especial. Argentina-medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados. Documento WT/DS155/R, p. 204.

²⁰³ Ibid., p. 260 y 261.

MERCOSUR y que las características del clima tropical de Brasil, a diferencia del de la Comunidad Europea, era propicio para que la acumulación de neumáticos de desecho pueda representar un riesgo para la salud de su población. Estos hechos, entre otros, hubieran demostrado que no existían las mismas condiciones en los países del MERCOSUR y la Comunidad Europea como Miembro de la OMC. A la luz de esta forma de análisis, la Exención del MERCOSUR no hubiera constituido un medio de discriminación arbitraria o injustificable.

Al respecto, podemos afirmar que, en principio, el razonamiento esbozado por Julia Ya puede verse amparado en la propia interpretación que los Informes de los Grupos Especiales u Órgano de Apelación han desarrollado en torno al concepto de discriminación del preámbulo del artículo XX del GATT. En muchos Informes se ha establecido que la discriminación del preámbulo del artículo XX del GATT es distinta y sui generis.²⁰⁴ Así, el Grupo Especial en el caso Amianto²⁰⁵ determinó que el análisis de la discriminación en el preámbulo no podía referirse a las mismas normas por las que se hubiera constatado que existe una violación o infracción a una obligación sustantiva del GATT como podría ser la violación al artículo III del GATT.

Asimismo, también se ha determinado que la aplicación del artículo XX sería improductiva y quedaría sin sentido si se aplicara dentro del análisis de la discriminación del preámbulo las mismas normas por las que se ha constatado la existencia de una incompatibilidad con una norma sustantiva del GATT. Sobre este aspecto en concreto, el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos – Gasolina opinó que:

“las disposiciones del preámbulo no pueden lógicamente referirse a la misma norma o normas por las que se ha determinado que ha habido infracción de una norma sustantiva. Proceder así sería vaciar de contenido el preámbulo y privar de significado a las excepciones recogidas en los párrafos a) a j). Tal proceder haría además más confusa la cuestión de si había incompatibilidad con una norma sustantiva, y se plantearía en el marco del preámbulo del artículo XX la cuestión posterior e independiente de si a pesar de tal incompatibilidad la medida estaba justificada.”²⁰⁶

²⁰⁴ OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, ob. cit., p. 9.

²⁰⁵ Ibid., p. 540. A la misma conclusión arribó el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos – camarones. Ibid., p. 62.

²⁰⁶ Ibid., p. 26 y 27.

A pesar que esta interpretación ha venido citándose de manera uniforme en los diferentes Informes, entre los años 2013 y 2014 empezó a esgrimirse una nueva interpretación en torno a la discriminación establecida en el preámbulo del artículo XX del GATT a raíz del caso Comunidades Europeas – Productos derivados de las Focas. Si bien el Grupo Especial en dicho caso reconoció que la naturaleza y calidad de la discriminación que se hace referencia en el preámbulo del artículo XX es diferente de la discriminación establecido en los artículos I ó III del GATT, motivado por las circunstancias especiales del caso,²⁰⁷ decide apartarse del criterio generalizado y establecer que:

“la discriminación que se alega existe en la aplicación del régimen de la UE para las focas en el sentido de la cláusula introductoria es el resultado de los efectos discriminatorios constatados en las excepciones CI y GRM de conformidad con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III.”²⁰⁸

Esta constatación fue confirmada por el Órgano de Apelación en el mismo caso estableciéndose que las causas de discriminación que han de examinarse en el marco del preámbulo es la misma cuya existencia se ha constatado en el marco del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.²⁰⁹ A nivel doctrinario autores como Bartel²¹⁰ han acogido con entusiasmo esta nueva interpretación opinando al respecto:

“The path is now clear to treat the Chapeau discrimination test in ordinary economic terms, using any previous analysis that might be necessary. Of course, if a measure has not been analysed under a substantive discrimination obligation that will now have to be done for the first time”.

El desarrollo jurisprudencial y la doctrina estudiada evidencia que actualmente no existe uniformidad de criterios tanto a nivel jurisprudencial como a nivel de doctrina respecto al concepto de discriminación previsto en el preámbulo del artículo XX del GATT. Por tal motivo, es difícil aseverar que en realidad existe una discriminación basada en el

²⁰⁷ OMC, Informe del Grupo Especial, ob. cit. En dicho Informe se establece que “el carácter de la medida, que tiene excepciones a una prohibición que dan lugar a discriminación; la manera en que los reclamantes enmarcaron sus alegaciones centrándose en el aspecto de la medida relativo a las excepciones; y la necesidad de interpretar las disposiciones pertinentes del Acuerdo OTC (es decir, la cláusula introductoria y los párrafos 1 y 2 del artículo 2) y del GATT de 1994 de forma coherente y armónica.”

²⁰⁸ Ibid., p. 200.

²⁰⁹ Ibid., p. 209.

²¹⁰ BARTELS, Lorand, ob. cit.

producto y otra basada en la condición, ésta última sostenida por la autora antes mencionada.

Por otro lado, debemos mencionar que aún si asumiéramos que la discriminación del preámbulo es distinta y sui generis y por ende llegáramos a concluir que existe una discriminación basada en la condición, debemos precisar que por el momento tampoco existe un Informe que establezca los criterios para determinar cuáles serían las condiciones similares que deberían analizarse entre uno y otro Miembro de la OMC. Sobre el particular, en la doctrina se ha notado que:

“More importantly, the insufficient analysis of the concept of like conditions has led the AB to generate potentially problematic jurisprudence on the chapeau. In *U.S.–Shrimp*, the AB found that the United States discriminated against the shrimp exporting Members because it required them to adopt essentially the same regulatory program as the United States without taking into consideration that different conditions may occur in the territories of those Members. The AB did not explain, however, what types of conditions occurring in the exporting Members ought to be taken into account by the United States. Without providing any guidance on how to select the conditions for comparison ...”²¹¹

Adicionalmente a lo expresado en los párrafos precedentes, Julia Ya²¹² manifiesta que ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación consideraron en el análisis del preámbulo las disposiciones y principios de la Convención de Basilea que regula los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y otros desechos que causan efectos adversos para la salud y el medio ambiente. Se sostiene que dichos principios deberían haber sido tomados en cuenta en el análisis del preámbulo como una posible justificación de la discriminación.

Al respecto, podemos mencionar que actualmente existen algunos acuerdos internacionales sobre el medio ambiente que contienen disposiciones comerciales como la Convención de Basilea, que permiten la restricción del comercio de desechos peligrosos.²¹³ Desde 1996 en el marco del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, los Miembros han venido debatiendo²¹⁴ la aplicación de medidas comerciales

²¹¹ Ibid., p. 261.

²¹² Ibid., p. 12 y 13.

²¹³ Artículo 4 literal 1.a) del *Convenio de Basilea* sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.

²¹⁴ OMC, Informe del Comité de Comercio y Medio Ambiente. Documento WT/CTE/1, 12 de noviembre de 1996.

contenidas en los acuerdos medioambientales y su relación con las disposiciones de la OMC.

Teniendo en cuenta este debate, el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos-Gasolina²¹⁵ estableció que en el ámbito de la OMC se reconoce la libertad de sus Miembros de implementar medidas relacionadas con la protección al medioambiente siempre que se cumplan con las obligaciones y se respeten los derechos de los demás Miembros de la OMC. Esta interpretación ha sido reiterada por el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón en el cual se expresó lo siguiente:

“no hemos decidido que los Estados soberanos no deban actuar conjuntamente en forma bilateral, plurilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger a las especies amenazadas o proteger de otra forma al medio ambiente. Evidentemente, deben hacerlo y de hecho lo hacen. Aquello que *hemos* decidido en esta apelación simplemente es lo siguiente: aunque la medida de los Estados Unidos objeto de la diferencia sometida a esta apelación cumpla un objetivo de protección medioambiental reconocido como legítimo en virtud del apartado g) del artículo XX [es decir 20] del GATT de 1994, esta medida ha sido aplicada por los Estados Unidos en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre Miembros de la OMC, en contra de lo prescrito en el preámbulo del artículo XX...”²¹⁶

Asimismo, debemos mencionar que la OMC no es ajena al problema del medioambiente y su relación en el comercio. El Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC ha destacado que las medidas adoptadas con el fin de proteger el medio ambiente tienen una función importante teniendo en cuenta que el comercio es la principal causa de los problemas ambientales. En este sentido, se ha manifestado lo siguiente:

“El Comité de la OMC indica que los acuerdos sobre el medio ambiente constituyen la forma más eficaz de hacer frente a los problemas internacionales en la esfera del medio ambiente. Afirma que ese enfoque complementa la labor de la OMC de búsqueda de soluciones convenidas internacionalmente para los problemas del comercio. En otras palabras, es mejor recurrir a las disposiciones de un acuerdo internacional sobre el medio ambiente que intentar unilateralmente cambiar las políticas ambientales de otros países”.²¹⁷

²¹⁵ Ibid., p. 32.

²¹⁶ Ibid., párrafo 185.

²¹⁷ OMC. Entender la OMC: cuestiones transversales y cuestiones nuevas. Medio ambiente: una preocupación especial. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey2_s.htm.

Podemos afirmar que tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación hubieran tomaron en cuenta las disposiciones de la Convención de Basilea en el análisis del caso.²¹⁸ Sin embargo, resulta evidente que dichos órganos no podían justificar la medida restrictiva en el análisis de preámbulo del artículo XX del GATT basándose en los principios de dicho acuerdo medioambiental debido a que, como hemos visto, existen diversos elementos a tomar en cuenta. No obstante, el Órgano de Apelación no fue indiferente al problema de protección medio ambiental en el desarrollo del caso.

3.4 LA NECESIDAD DE UNA ARMONIZACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

El incumplimiento de una obligación internacional impone el compromiso de efectuar una reparación al sujeto afectado. Sobre este tema, Remiro Bretons²¹⁹ manifiesta lo siguiente:

“En todo ordenamiento jurídico la piedra de toque de su eficacia descansa en gran medida sobre el régimen de la responsabilidad, es decir, sobre el conjunto de reglas que regulan los efectos de conductas lesivas de derechos subjetivos”.

En el ámbito del MERCOSUR los Estados pueden adoptar medidas compensatorias cuando el Miembro obligado al cumplimiento de un laudo no lo cumple en la forma y conforme al alcance precisado por los tribunales arbitrales.²²⁰

Por otro lado, en la OMC el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias²²¹ permite que un Miembro recurra a la compensación y suspensión de concesiones u otras obligaciones cuando la Parte obligada no cumple con poner la medida declarada incompatible en conformidad con las normas de la OMC o incumple con las recomendaciones dadas dentro del plazo prudencial. Estas medidas sancionatorias deben ser temporales ya que es preferible el

²¹⁸ Véase por ejemplo OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil- Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R, p. 237 y OMC, Informe del Órgano de Apelación. Brasil- Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R. p. 97 y 100 al constatar que el Grupo Especial había llevado a cabo una evaluación objetiva de los hechos.

²¹⁹ BROTONS REMIRO, Antonio. Derecho Internacional, Madrid: McGraw-Hill, 1997.p. 409.

²²⁰ El artículo 27 del Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR regula la obligación del cumplimiento de los laudos, disponiendo que “Los laudos deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. La adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado parte de su obligación de cumplir el Laudo”.

²²¹ Artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD).

cumplimiento antes que la adopción de las mismas debido a que dichas medidas suponen una restricción al libre comercio contraria al espíritu de dichos acuerdos comerciales. Cabe precisar que el objeto de dichas medidas es:

“...inducir al pronto cumplimiento restaurando transitoriamente el equilibrio en las obligaciones mutuas de querellante y querellado, así como la intangibilidad del régimen multilateral.”²²²

De igual modo, en el derecho internacional también se ha previsto que las organizaciones internacionales asuman su responsabilidad internacional de reparar el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito.²²³ Cuando una organización internacional no tiene la capacidad económica para cumplir con su obligación de pagar la indemnización, se ha llegado a plantear la cuestión en torno a si la parte perjudicada puede recurrir contra los Estados miembros. Esta posición ha sido rechazada por la Comisión de Derecho Internacional²²⁴ y a fin de asegurar de que los países perjudicados no se queden desamparados, se estableció que la organización internacional será responsable de adoptar todas las medidas apropiadas, a fin de que sus miembros le proporcionen los medios para el cumplimiento efectivo de las obligaciones.²²⁵ A pesar de ello, hay autores²²⁶ que consideran que, a fin de que la parte lesionada no se vea perjudicada, existe una obligación subsidiaria por parte de los Estados Miembros para asumir las compensaciones que por falta de presupuesto no pudiera asumir la organización internacional.

Conforme a lo estudiado, en el caso Brasil-Neumáticos al culminar el procedimiento de solución de diferencias en la OMC, Brasil adoptó la Portaria N° 24, del 26 de agosto del 2009 prohibiendo definitivamente la expedición de licencias para la importación de neumáticos usados y recauchutados independientemente de su origen, cumpliendo de esta manera con su objetivo político de proteger la vida humana y la salud. Sin

²²² OMC. Contribución de Ecuador a la Mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC (TN/DS/W/9) Ginebra, 8 de julio de 2002. Disponible en: www.wto.org.

²²³ Véase Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, agosto de 2011.

²²⁴ MOLDNER Milkar. Responsibility of International Organization Introducing the ILC's DARIO. Max Planck Yearbook of United Nation Law. Vol. 16, 2012. p. 307.

²²⁵ Artículo 40 Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, agosto del 2011. Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, ob. cit.

²²⁶ NELISSEN, Frans. The relationship between international organization and their Member States - Who pays the check?. Rieter, Eva, y de Waele, Henri, eds. Queen Mary Studies in International Law. Vol 5: Evolving Principles of International Law. Studies in Honour of Karel C. Wellens. Leiden, NLD: BRILL, 2011.p. 13-20.

embargo, esta decisión significó el incumplimiento del Laudo Arbitral N° VI del MERCOSUR, que había determinado que Brasil no podía establecer medidas restrictivas al comercio recíproco, como eran las restricciones a las importaciones de neumáticos remoldeados, en la medida que eran incompatibles con la normativa del MERCOSUR.

Como podemos observar del párrafo precedente, Brasil incumple su obligación internacional dentro del ámbito del MERCOSUR no por una razón arbitraria ni deliberada sino por dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

Este caso pone en relieve el surgimiento de un conflicto de obligaciones toda vez que Brasil no podía cumplir con ambas decisiones emitidas por dichos tribunales por ser discordantes entre sí. Estos eventos nos llevan a reflexionar con respecto a si en el caso Brasil-neumáticos ese conflicto de obligaciones pudo evitarse.

Como explica Van den Bossche,²²⁷ en el contexto internacional puede suceder que los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC reconocidos en los acuerdos de la OMC estén en conflicto con los derechos y obligaciones previstos en otros acuerdos internacionales. Ante este hecho, agrega el autor, debe preferirse que las disposiciones de la OMC sean interpretadas de tal manera que se evite conflictos con otras normas internacionales. En este sentido, el mencionado autor indica:

“First, it should be noted that WTO rules should, if possible, be interpreted in such a way that they do not conflict with other rules of international law”.²²⁸

Este planteamiento obedece al hecho que en el derecho internacional existe la presunción contra el conflicto de normas o también llamado principio de armonización.²²⁹ Esta presunción en contra del conflicto se basa en el principio de

²²⁷ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. UK: Cambridge University Press, 2008.p. 61.

²²⁸ VAN DEN BOSSCHE, Peter, ob. cit., p. 61.

²²⁹. United Nations, International Law Commission. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law report of the study group of the international law commission, finalized by Martti Koskenniemi*. Documento A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.p. 25.

buena fe o *pacta sunt servanda* previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena.²³⁰ Asimismo, este principio implica que las partes en un tratado no tienen la intención de apartarse de sus obligaciones existentes al concluir un nuevo tratado.

Sobre el particular, Pawelyn²³¹ explica que la presunción contraria al conflicto requiere que se haga un esfuerzo para interpretar la nueva norma de manera armoniosa con la legislación vigente. Por esta razón, las normas de la OMC no deben estar en conflicto con otras normas internacionales sino más bien debe primar una armonía entre ellas. Al respecto Koekkoek²³² nos explica:

“As a consequence of the principle of harmonization it is less likely that WTO law would conflict with obligations from other treaties. Therefore, it can be concluded that WTO law has to be harmonized with other international law. It is not likely that WTO law will be found to conflict with obligations from other treaties.”

Por su parte, Jan Kuijper²³³ añade que este principio es confirmado por lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Convención de Viena presumiéndose que una nueva obligación no puede ser incompatible con obligaciones anteriores asumidas por dicho Estado independientemente del origen de dichas obligaciones. Este mismo autor al respecto menciona:

“The principle is also confirmed in Article 31(1) of the VCLT on the interpretation of treaties. Hence, unless an intention to the contrary is clear, it should be presumed that the new obligation was meant to be consistent with the previously assumed ones, irrespective of the source of such obligations”.

Teniendo en cuenta lo expresado en los párrafos precedentes, Julia YA²³⁴ considera que en aplicación del principio de buena fe, los Estados tienen el propósito de cumplir con todas sus obligaciones internacionales de forma coherente. De esta manera, se entiende que los tribunales deberán preferir una interpretación que permita precisamente la armonización de las diferentes obligaciones internacionales contraídas por dichas Partes.

²³⁰ JAN KUIJPER, Pieter. *Conflicting Rules and Clashing Courts: The Case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO*. University of Amsterdam, 2010. p. 7.

²³¹ PAUWELYN, Joost, ob. cit., p. 242.

²³² KOEKKOEK, Marieke. *The use of International Law by the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization*, 2012. p. 6.

²³³ JAN KUIJPER, Pieter, ob. cit., p. 7.

²³⁴ *Ibid.*, p. 20.

En el caso Brasil-neumáticos tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación²³⁵ tuvieron conocimiento del posible conflicto que podía surgir con respecto a las obligaciones derivadas por el laudo del tribunal del MERCOSUR. Sobre este punto, dicha autora ha señalado:

“Thus, when WTO adjudicators are informed of a possible conflict with a prior decision of an RTA tribunal, they should, in accordance with the rule of presumption of good faith, proceed with the assumption that the WTO provisions at issue can and should be interpreted consistently with that RTA decision (...) Since no presumption against conflicts was made, despite its recognition that no conflict in treaty norms exists between the WTO and Mercosur, the Appellate Body proceeded to interpret the chapeau of Article XX in a way that it knew would require Brazil to breach its treaty obligation under Mercosur.”²³⁶

Al respecto, consideramos que en la medida que sea posible los órganos resolutorios de la OMC deben al momento de solucionar un conflicto y siempre que se determine su relevancia en la resolución del caso, tomar en cuenta la decisión previa de un tribunal como fue lo sucedido en el caso Brasil-Neumáticos, ya que dichas decisiones también crean obligaciones para las Partes. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que no siempre será posible alcanzar una armonización entre ambas decisiones dado que cada una de ellas es independiente dentro de su ámbito de actuación.

Asimismo, Marceau nos explica²³⁷ que el artículo 31.3 de la Convención de Viena promueve también una interpretación armónica entre los diversos tratados internacionales a fin de evitar conflictos entre ellos. La autora agrega que el principio de buena fe implica que los Estados al haber negociado diversos tratados lo han hecho teniendo en cuenta sus otras obligaciones internacionales. En ese sentido, las obligaciones de los Estados son acumulativas, por lo tanto, el Acuerdo de la OMC, como cualquier otro tratado internacional, debe interpretarse teniendo en cuenta las otras normas de derecho internacional a fin de evitar conflictos entre las partes.²³⁸

La presunción contra los conflictos, nos explica Julia Ya, es refutable, no pudiendo conciliarse obligaciones verdaderamente irreconciliables. Por consiguiente, la

²³⁵ Ibid., p. 266.

²³⁶ Ibid., p. 20 y 21.

²³⁷ MARCEAU, Gabrielle, ob. cit., p. 1089.

²³⁸ Ibid., p. 1089.

presunción se mantendrá sólo hasta el punto en que se presenten pruebas de un conflicto genuino.²³⁹

Del mismo modo Pawelyn²⁴⁰ citando a Jenks menciona que la presunción contraria al conflicto no será suficiente para conciliar disposiciones claramente irreconciliables.

“As Jenks put it, the presumption against conflict "will not suffice to reconcile clearly irreconcilable provisions...(it) may eliminate certain potential conflicts; it cannot eliminate the problem of conflict". The conflict must then be resolved by a third norm (such as a conflict clause in either treaty or a rule of general international law such as Art. 30 of the Vienna convention)”.

Teniendo en cuenta la presunción contra el conflicto y la teoría esbozada en los párrafos precedentes, Julia Ya considera que el Órgano de Apelación en el caso Brasil-neumáticos debió en aplicación del principio de buena fe interpretar las normas de la OMC, y en especial el preámbulo del artículo XX del GATT, de manera consistente con la decisión del tribunal arbitral del MERCOSUR. Concretamente, la referida autora opina que:

“Thus, when WTO adjudicators are informed of a possible conflict with a prior decision of an RTA tribunal, they should, in accordance with the rule of presumption of good faith, proceed with the assumption that the WTO provisions at issue can and should be interpreted consistently with that RTA decision.”²⁴¹

Al respecto consideramos que es positivo que los tribunales internacionales apliquen doctrinas que defiendan la interpretación armónica de las normas internacionales a fin de evitar no sólo el surgimiento de conflictos de normas sino también el incumplimiento de obligaciones internacionales. Así como los tribunales regionales tienen en cuenta las normas multilaterales de la OMC en la resolución de sus diferencias y se inclinan por una interpretación consistente, desde un ámbito multilateral como el representado por la OMC, sus normas no deberían leerse aislándolas clínicamente del derecho internacional público.²⁴² En relación con este tema, Lamy²⁴³ ha opinado:

“However, this integrated legal system is not ‘clinically isolated’: there is a presumption of validity in international law and the rules of its treaties must therefore be read in harmony with the principles of international law.”

²³⁹ Ibid., p. 20.

²⁴⁰ PAUWELYN, Joost, ob. cit., p. 243.

²⁴¹ Ibid., p. 20.

²⁴² Ibid., p. 20.

²⁴³ PASCAL, Lamy. The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order. The European Journal of International Law. Vol. 17 N° 5, EJIL 2007. p. 972.

Aparentemente en aplicación del párrafo 2 del artículo 19²⁴⁴ del Entendimiento de Solución de Diferencias se podría entender que las normas internacionales distintas a los acuerdos abarcados de la OMC no deberían ser tomados en cuenta en la interpretación de dichas normas multilaterales. Sin embargo, dicha interpretación queda desvirtuada teniendo en cuenta el contenido del resto del párrafo 2 del artículo 3²⁴⁵ del Entendimiento.²⁴⁶

Los Grupos Especiales así como el Órgano de Apelación han recurrido a las normas usuales de interpretación del derecho internacional público como la Convención de Viena como guía para la interpretación de sus normas, aplicándose también otras normas de derecho internacional público. A manera de ejemplo podemos citar el caso Estados Unidos-Camarones donde el Órgano de Apelación²⁴⁷ otorgó a la Declaración de Río y al Programa 21 del año 1992, al Convenio sobre la Diversidad Biológica del año 1992, y a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar particular importancia.

De manera similar, hemos visto que en el caso Neumáticos el Grupo Especial²⁴⁸ se refirió a la Convención de Basilea. Observamos de este modo que los órganos resolutivos de la OMC han interpretado sus normas de manera armónica con las disposiciones de otros tratados internacionales. En este contexto, compartimos la opinión de que el derecho internacional complementa al derecho de la OMC²⁴⁹ y en la medida de lo posible ambos sistemas deberían interpretarse en armonía con las otras normas de derecho internacional a fin de evitar conflictos de normas y de obligaciones.

²⁴⁴ El artículo 19 numeral 2 del ESD estipula: “De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3, las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.”

²⁴⁵ El artículo 3 numeral 2 del ESD consagra: “El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

²⁴⁶ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional. Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional Elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682) 13 de abril de 2006. p. 100.

²⁴⁷ Ibid., p. 78.

²⁴⁸ Ibid., p. 202.

²⁴⁹ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, ob. cit., p. 102.

En atención a la existencia de una pluralidad de acuerdos internacionales y una multiplicidad de foros internacionales, consideramos importante el desarrollo de mecanismos como el de la interpretación armónica a fin de mitigar el surgimiento de conflictos entre normas. Sin embargo, esto no significa desconocer que pueden existir casos en los cuales será imposible la aplicación de esta armonización.²⁵⁰

En el presente caso bajo análisis, no encontramos la colisión de dos normas internacionales sino la existencia de una decisión previa de un tribunal regional que al igual que las normas de un tratado creaba obligaciones para sus Miembros y podía generar un conflicto de obligaciones en caso de no tomarse en cuenta por los órganos resolutivos de la OMC. Teniendo en cuenta este aspecto, la naturaleza del litigio y las circunstancias especiales de este caso, consideramos que el Órgano de Apelación en el análisis del preámbulo pudo haber tenido en cuenta el principio de armonización.

Si bien como hemos visto en aplicación de dicho principio se busca conciliar una nueva norma con una anterior, ello tiene su fundamento en que los Miembros de un acuerdo internacional tienen la buena fe de cumplir con todas sus obligaciones internacionales generadas sean nuevas o antiguas. Del mismo modo cuando se emite una decisión de un tribunal emerge una obligación internacional para una Parte, por lo que se entiende que ésta debería ir en armonía con las obligaciones futuras que vaya asumir dicho Miembro. Sobre esta base, consideramos válido la aplicación del principio de armonización en el análisis de decisiones internacionales toda vez que ello reafirma la voluntad de los Estados Miembros de cumplir de buena fe con todas sus obligaciones internacionales.

Esto no significa que el principio de armonización obligue per se a que el Grupo Especial o el Órgano de Apelación tengan que decidir de manera armónica con la decisión de un tribunal arbitral. En efecto, no se puede obligar a un tribunal a apartarse de las interpretaciones de sus propias normas con el fin de evitar una colisión con la

²⁵⁰ Martti Koskenniemi ha sostenido que: “En algunos casos, el derecho a la vida puede ser inconveniente al considerar las necesidades por tomar un ejemplo al azar- de una “guerra contra el terrorismo” eficaz realizada bajo el auspicio del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Sin embargo, no puede ser “armonizado”. Véase Entrevista a Martti Koskenniemi, Puente @ Europa, Año V, N° 2, Junio de 2007.

decisión de un tribunal de un ámbito regional. Es en este sentido que consideramos que no siempre será posible conciliar decisiones de dos tribunales independientes y en algunas ocasiones será imposible la aplicación del principio de armonización.

En el caso bajo análisis, creemos que la aplicación de dicho principio era válida porque se ha establecido que en la evaluación de la discriminación arbitraria e injustificable del preámbulo del artículo XX del GATT, se pueden tomar en consideración otros factores adicionales teniendo en cuenta la naturaleza de la medida en litigio. Uno de esos factores precisamente lo constituye el hecho de la existencia de una decisión previa de un tribunal arbitral regional y el surgimiento de obligaciones internacionales para el Brasil. Además, ha de tenerse en consideración que se había comprobado que dicha medida no se estaba aplicando de manera que dé lugar a una discriminación arbitraria o injustificable y que conforme a nuestro análisis contribuía al objetivo político trazado por Brasil. En base a todos estos elementos, creemos que el no haber considerado esta circunstancia especial dio como resultado la emisión de dos decisiones contradictorias y que Brasil tuviera que enfrentarse a la disyuntiva de cumplir con una obligación e incumplir la otra.

CONCLUSIONES

1. - La participación de los Estados en los Acuerdos Comerciales Regionales y en el sistema multilateral del comercio puede dar lugar a un posible conflicto de obligaciones internacionales que no está resuelta en el derecho internacional. Siendo ambas obligaciones internacionales, no existe per se una primacía de la una sobre la otra. Brasil como miembro de la OMC y del MERCOSUR asumió obligaciones en ambas organizaciones por lo tanto estaba obligado a respetarlas. Cada mecanismo de solución de controversias previsto en el respectivo acuerdo internacional cumplirá su función en torno a velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados. Es en este contexto donde se hace necesario diseñar mecanismos para evitar que dichas decisiones puedan llevar al incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado como sucedió en el caso Brasil- neumáticos remoldeados. De esta manera, uno de esos mecanismos es la aplicación del principio de armonización por el cual los tribunales internacionales deberán preferir una interpretación que tome en cuenta la armonización de las diferentes obligaciones internacionales asumidas por las Partes en conflicto en su ámbito de actuación regional o multilateral.

2. La emisión de un laudo arbitral o una decisión de un tribunal regional no puede limitar la capacidad de los Grupos Especiales o el Órgano de Apelaciones con respecto a la evaluación del cumplimiento de las normas de la OMC. Si bien no es tarea de los órganos de solución de controversias de la OMC velar por el cumplimiento de las decisiones emitidas en el marco de otros mecanismos de solución de controversias, el Órgano de Apelación pudo haber considerado en aplicación del principio de armonización la manera por la cual la Exención del MERCOSUR podía pasar la evaluación bajo el preámbulo del artículo XX del GATT y evitar así que el Brasil tenga que incumplir sus obligaciones contraídas en un acuerdo regional.

3.- Los tribunales de los acuerdos comerciales regionales han recurrido a mecanismos como la interpretación consistente para evitar el conflicto de normas teniendo en cuenta la participación de los países miembros de los acuerdos comerciales regionales en otros foros internacionales. Este sistema de interpretación consistente resulta valioso y debería seguir siendo empleado tanto por los tribunales regionales como en el sistema

de solución de controversias de la OMC. Si un Tribunal toma en cuenta en su interpretación la existencia de otros acuerdos internacionales, esto va a propiciar decisiones armónicas en el ámbito regional como en el multilateral, evitándose de ese modo el surgimiento de obligaciones contradictorias y por ende que la decisión de un tribunal pueda conllevar al incumplimiento de obligaciones en otro foro internacional.

4.- No obstante lo indicado anteriormente, existen situaciones que no van a poder ser resueltas recurriendo a la interpretación consistente que se usa más para evitar el conflicto de normas. En el caso Brasil neumáticos no había un conflicto de normas del MERCOSUR con las normas de la OMC sino la decisión de un tribunal regional que pudo ser tenida en cuenta en la OMC para evitar que un país miembro viole sus compromisos en los acuerdos regionales a través de una interpretación en armonía con dichas decisiones.

5.- La decisión del Órgano de Apelación de no aplicar una interpretación armónica con la decisión previa adoptada por tribunal del MECOSUR, trajo como consecuencia el incumplimiento por parte del Brasil de sus obligaciones internacionales en el marco de MERCOSUR, hecho que no sólo genera un cierto descrédito del MERCOSUR ante la comunidad internacional, sino que afectó la previsibilidad, la seguridad y las bases de dicho proceso de integración.

6.- La Exención del MERCOSUR no se aplicaba de una forma que daba lugar a una discriminación arbitraria o injustificable, pudiendo justificarse al amparo del preámbulo de artículo XX del GATT. Dicha medida contribuía al objetivo político que había trazado Brasil de protección a la salud, la vida de los seres humanos, plantas y animales.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Decisión de 28 de noviembre de 1979. Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo. Documento L/4903. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/enabling_s.pdf.

BALDEÓN HERRERA, Genaro. La Organización Mundial del Comercio y la Comunidad Andina: la posición de los acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico andino. En: Agenda Internacional, Año XVII, N° 28, 2010.

BARTELS Lorand. "The Chapeau of Article XX GATT: A New Interpretation". Legal Studies Research, University of Cambridge, paper N° 40/2014, Julio 2014.

BRINK, Tegan. 'Which WTO Rules Can a PTA Lawfully Breach? Completing the Analysis in Brazil – Tyres'. Journal of World Trade 44. No. 4 (2010).

BRONCKERS, Marco. From 'direct effect' to 'mute dialogue' Recent Developments in the European Courts' Case Law on the WTO and Beyond. Journal of International Economic Law. Vol. 11 No. 4, Oxford University Press 2008.

BROTONS REMIRO, Antonio. Derecho Internacional, Madrid: McGraw-Hill, 1997.

CEDEÑO, Víctor Rodríguez. Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États. rapporteur spécial; Actes Unilatéraux des États [Point 8 de l'ordre du jour]. Documento A/CN.4/500 y Add.1; 14 de abril y 10 de mayo de 1999.

DAVIES, Arwel. 'Interpreting the Chapeau of GATT Article XX in Light of the 'New' Approach in Brazil-Tyres'. Journal of World Trade 43. No. 3 (2009).

Entrevista a Martti Koskeniemi, Puente @ Europa, Año V, N° 2, Junio de 2007.

FERNANDEZ EGEA, Rosa. El asunto Amianto. Por fin una solución saludable. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2001.

FIGUEIREDO, Luis. "Dengue in Brazil: Past, Present and Future Perspective", 27 Dengue Bulletin (2003).

FONTENILLE D y SCHAFFNER F. Le tour du monde d'un moustique, Sciences au Sud, le journal de l' Institut de Recherche pour le Développement. N°34, mars-avril, (2006) Vol. 7.

GATT, Informe del Grupo Especial. Canadá - Importación, distribución y venta de bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización canadienses. Documento L/6304 - 35S/38.

GATT, Informe del Grupo Especial. Canadá-Medidas que afectan la venta de monedas de oro. Documento L/ 5863.

GATT, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos- Importaciones de ciertos sistemas de resortes para automóviles, Documento L/5333 - 30S/114, 11 de junio de 1982.

Grupo de Trabajo sobre el Acuerdo del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Documento WT/COMTD/5/Rev.1, 25 de octubre de 1995.

HUDEC, Robert E. GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test. *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3. Symposium on the First Three Years of the WTO Dispute Settlement System (1998).

JAN KUIJPER, Pieter. *Conflicting Rules and Clashing Courts: The Case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO*. University of Amsterdam, 2010.

João A. C. Zequi, Imaturos de Culicidae (Diptera) Encontrados em Recipientes Instalados em Mata Residual no Município de Londrina, Paraná, Brasil, *Revista Brasileira de Zoologia*, Vol. 22, No. 3, (2005) (6).

KOEKKOEK, Marieke. *The use of International Law by the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization*, 2012.

KLABBERS, Jan. *Jurisprudence in International Trade Law Article XX of GATT*, (1992), 26 *Journal of World Trade*.

LAVRANOS Nikolaos. *The Brazilian tyres case: A case-study of multilevel judicial governance*. European University Institute, working papers MWP 2009/41 Max Weber Programme multilevel judicial governance between global and regional economic integration systems: institutional and substantive aspects.

MADERO RINCON, Alberto. *Hacia la certidumbre jurídica en la determinación de la norma aplicable en el comercio internacional: la congruencia entre los acuerdos comerciales y la Organización Mundial del Comercio*. En: *Revista de Derecho Económico Internacional*; Instituto Tecnológico Autónomo de México. Vol. 3, No. 1, Diciembre 2012.

MARCEAU, Gabrielle, IZAGUERRI, Arnau, LANOVOY, Vladyslav. ‘The WTO’s Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation’. *Journal of World Trade* 47, N° 3 (2013).

MERCOSUR, *Decisión del Consejo del Mercado Común*. Documento MERCOSUR/CMC/DEC. N° 10/94: *Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del MERCOSUR*.

MERCOSUR. *Decisión del Consejo del Mercado Común*. Documento MERCOSUR/CMC/DEC. N°16/98: *Protocolo de armonización de normas en materia de diseños industriales, aprobado mediante la Decisión del Consejo del MERCOSUR N°16/98*.

MERCOSUR, Grupo Mercado Común. Documento MERCOSUR/GMC/ACTA N° 01/08. Buenos Aires 15 y 16 de abril de 2008.

MERCOSUR, Resolución del Grupo Mercado Común. Creación del Grupo Ad Hoc para una Política Regional de Neumáticos inclusive Reformados y Usados (GAHN). Documento MERCOSUR/GMC EXT /RES, N° 25/08.

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) de Brasil. Disponible en: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/index.php?area=5>.

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior Secretaria de Comércio Exterior. Portaria N° 24, Publicación N° D.O.U, 28 de agosto de 2009.

MOLDNER Milkar. Responsibility of International Organization Introducing the ILC's DARIO. Max Planck Yearbook of United Nation Law. Vol. 16, 2012.

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional. Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional Elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682) 13 de abril de 2006.

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, agosto de 2011.

NAFTA Arbitral Award. SD Myers, INC. v. Canada, NAFTA Arb. UNCITRAL Arb. Rules, Partial Award , 13 Noviembre de 2000.

NAFTA Arbitral Award. Certain Softwood Lumber Products from Canada (Countervailing Duty) USA-CDA-1992-1904-01.

NELISSEN, Frans. The relationship between international organization and their Member States - Who pays the check?. Rieter, Eva, y de Waele, Henri, eds. Queen Mary Studies in International Law. Vol 5: Evolving Principles of International Law. Studies in Honour of Karel C. Wellens. Leiden, NLD: BRILL, 2011.

OMC. Acuerdos comerciales regionales. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm.

OMC, Conferencia Ministerial. Declaración Ministerial de Singapur. Documento WT/MIN(96)/DEC, Singapur, 18 de diciembre de 1996. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm.

OMC. Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Documento WT/DS332/16, 29 de agosto de 2008.

OMC, Consejo General. Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales. Decisión de 14 de diciembre de 2006. Documento WT/L/671.

OMC. Entender la OMC: cuestiones transversales y cuestiones nuevas. Medio ambiente: una preocupación especial. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey2_s.htm.

OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente. Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT. Nota de la Secretaría Revisión. Documento WT/CTE/W/53/Rev.1, 26 de octubre de 1998.

OMC. Contribución de Ecuador a la Mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC (TN/DS/W/9) Ginebra, 8 de julio de 2002. Disponible en: www.wto.org.

OMC, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD).

OMC, Informe del Comité de Comercio y Medio Ambiente. Documento WT/CTE/1, 12 de noviembre de 1996.

OMC. Informe de la situación relativo a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD presentado por el Brasil. Documento WT/DS332/19/Add.6, 15 de septiembre de 2009.

OMC, Informe del Grupo Especial. Argentina-medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados. Documento WT/DS155/R.

OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil- Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R.

OMC, Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas- Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. Documento WT/DS135/R.

OMC, Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas. Documento WT/DS400/R WT/DS401/R.

OMC, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Documento WT/DS58/R.

OMC, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Documento WT/DS2/R.

OMC, Informe del Grupo Especial. Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas. Documento WT/DS371/R.

OMC, Informe del Grupo Especial. Estados Unidos- Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Documento WT/DS285/R.

OMC, Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos. Documento WT/DS58/AB/R.

OMC, Informe del Órgano de Apelación. Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Documento WT/DS2/AB/R.

OMC, Informe del Órgano de Apelación. Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas. Documento WT/DS400/R y WT/DS401/R.

OMC, Informe del Órgano de Apelación. Brasil- Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R.

OMC, Informe del Órgano de Apelación. Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Documento WT/DS285/AB/R.

OMC, Informe del Órgano de Apelación. Turquía — Restricciones aplicadas a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir. Documento WT/DS34/AB/R.

Organización Mundial de la Salud. Dengue and severe dengue. Nota descriptiva N° 117 Mayo 2015. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs117/es/>.

PASCAL, Lamy. The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order. The European Journal of International Law. Vol. 17 N° 5, EJIL 2007. p. 972.

PAUWELYN, Joost. Legal Avenues to Multilateralizing Regionalism: Beyond article XXIV. Paper presented at the Conference on Multilateralising Regionalism Sponsored and organized by WTO – HEI. Co-organized by the Centre for Economic Policy Research (CEPR). Ginebra, Setiembre de 2007. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf.

Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment. Committee II: Sub-Committee for general commercial policy articles 9 - 17 and 32. Note of the Delegations of the Netherlands and of the Belgian- Luxembourg Economic Union Concerning General Commercial Policy (Articles 9 - 17 and 32). Documento E/PC/T/C.II/32, 30 de octubre de 1946.

Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment. Committee II: Technical Sub-Committee. Documento E/PC/T/C.II/50, 13 de Noviembre de 1946.

Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment. Committee II: Report of the Technical Sub-Committee. Documento E/PC/T/C.II/54/Rev.1, 28 de Noviembre de 1946.

REYES TAGLE, Yovana. The Law of Regional and Multilateral Agreements: How does Andean Community law relate to WTO rules?, 2014. Disponible en <http://www.wti.org/institutional-cooperation/seco-wti-project/publications/>.

REYES TAGLE, Yovana. The North American Free Trade Association (NAFTA) and the WTO. Presentación del 26 de abril de 2015, University of Helsinki, Finland (en archivos del autor).

RIETER, Eva y DE WAELE, Henri. *Envolving Principles of International Law*; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.p. 13-24.

SÁ CABRAL, Jeanine Gama and LUCARELLI DE SALVIO, Gabriella Giovanna. 'Considerations on the Mercosur Dispute Settlement Mechanism and the Impact of its Decisions in the WTO Dispute Resolution System, *Journal of World Trade* 42. No. 6 (2008).

SPIEGEL FELD, Danielle y SWITZER, Stephanie. *Whither Article XX? Regulatory Autonomy Under Non-GATT Agreements After China—Raw Materials & Stephanie Switzer*. *The Yale Journal of International Law Online*. Vol. 38, 2012.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. PROCESO 190-IP-2007, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1614, 30 de abril de 2008.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 118-AI-2003, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1206, 13 de junio de 2005.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 35-AN-2003, 25 de agosto de 2004.

Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR. Laudo VI, Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes de Uruguay.

Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR. Laudo: Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación de derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la república argentina con la república oriental del Uruguay.

Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR. Laudo del Tribunal *Ad Hoc* del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Prohibición de importación de neumáticos remoldeados" (revocado por el Laudo del TPR), 25 de octubre del 2005.

Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el Recurso de Revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de fecha 25 de Octubre de 2005 en la Controversia "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay", Laudo N° 01/2005, 20 de diciembre del 2005.

Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo complementario del Tribunal Permanente de Revisión que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al Laudo Arbitral dictado por este entre el 20 de Diciembre de 2005 en la Controversia "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay", Laudo N° 01/2006 del 13 de enero del 2006.

Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias – controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay, Laudo N° 01/2007 del 08 de junio de 2007.

Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el asunto N° 1/2008 “Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo N° 1/05, iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 Protocolo de Olivos)”, Laudo N° 01/2008 del 25 de abril del 2008.

United Nations, International Law Commission. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law report of the study group of the international law commission, finalized by Martti Koskenniemi. Documento A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials. UK: Cambridge University Press, 2008.

YA QIN, Julia. Defining nondiscrimination under the law of the World Trade Organization, Boston University International Law Journal. Vol. 23:215.

Ya Qin, Julia. Managing Conflicts between Rulings of WTO and RTA Tribunals: Reflections on the Brazil–Tyres Case. Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series No. 09-24, 16 de octubre de 2009, p. 1-25.