

EL CONCEPTO DE “PRODUCTOS SIMILARES” BAJO EL ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO OTC: UNA MIRADA DESDE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA OMC¹

Andrés Felipe Esteban Tovar²

Resumen

El presente artículo pretende evaluar la interpretación realizada por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC sobre el concepto de “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) en los recientes casos (Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, Estados Unidos – Atún II y Estados Unidos – EPO), con el fin de plantear ciertos elementos de interpretación de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que pudieron ser utilizados por el OSD y que hubieran incidido en una interpretación diferente a aquella dada al concepto de “productos similares”.

Palabras Clave: Organización Mundial del Comercio, Órgano de Solución de Diferencias, Productos Similares, Acuerdo OTC, Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, Estados Unidos – Atún II, Estados Unidos – EPO.

Abstract

This article aims to evaluate the interpretation made by the Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO on the concept of "like products" under Article 2.1 of the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) in recent cases (United States-Clove Cigarettes, United States – Tuna II and United States - COOL), in order to

¹ Este texto se presenta como trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes, y ha sido dirigido por Mauricio Andrés Salcedo Maldonado.

² Abogado de la Universidad de los Andes, candidato a Magíster en Derecho Internacional en la misma universidad. Contacto: af.esteban49@uniandes.edu.co

raise certain points of interpretation under the Vienna Convention on the Law of Treaties, that could have influenced in a different interpretation of "like products".

Key Words: World Trade Organization, Dispute Settlement Body, Like Products, TBT Agreement, United States – Clove Cigarettes, United States – Tuna II, United States – COOL.

Tabla de Contenido

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| I. EL ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO (OTC) | 8 |
| A. Origen del Acuerdo OTC..... | 8 |
| B. El Acuerdo OTC frente al GATT: Análisis de la naturaleza de cada Acuerdo | 11 |
| C. Objeto y fin del Acuerdo OTC..... | 16 |
| II. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE “PRODUCTOS SIMILARES” EN LA OMC 19 | |
| III. INTERPRETACIÓN DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS (OSD) AL CONCEPTO DE “PRODUCTOS SIMILARES” BAJO EL ARTÍCULO 2.1. DEL ACUERDO OTC: ¿ES EL ARTÍCULO III: 4 DEL GATT CONTEXTO PERTINENTE PARA SU INTERPRETACIÓN? | 25 |
| A. Interpretación del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC a luz del Objetivo Legítimo | 27 |
| B. Artículo III: 4 del GATT como contexto pertinente de interpretación | 31 |
| IV. ELEMENTOS DE UNA EVENTUAL INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE “PRODUCTOS SIMILARES” DEL ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO OTC A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS..... | 34 |
| A. Artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC | 35 |
| B. Análisis del problema planteado a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados | 36 |
| V. CONCLUSIONES | 46 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA..... | 49 |

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de las disputas comerciales a la luz de la OMC (Organización Mundial del Comercio), el concepto de “productos similares”³ ha venido siendo interpretado con el fin de garantizar el cumplimiento de obligaciones fundamentales como el Trato Nacional y el Trato de Nación más Favorecida.⁴

El Órgano de Solución de Diferencias (OSD)⁵ ha desarrollado diferentes aproximaciones al concepto de productos similares, teniendo como punto de partida los criterios establecidos por el Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera de 1970⁶; estas interpretaciones han sido dadas por el OSD bajo la aplicación del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles.⁷

Recientemente, a pesar de aproximaciones previas al concepto en el marco de los Acuerdos de la OMC, puntualmente del artículo III: 4 del GATT, por primera vez en la historia de las disputas comerciales⁸, el Órgano de Solución de Diferencias se vio abocado a determinar el alcance del concepto de “productos similares” bajo el artículo 2.1. del Acuerdo OTC (Obstáculos Técnicos al Comercio).

Ante la oportunidad de plantear una nueva interpretación que representara una evolución al concepto de productos similares, el OSD decidió en tres (3) casos

³ Ver, Diccionario de términos de comercio, disponible en http://www.sice.oas.org/dictionary/GT_s.asp. Productos similares: Producto idéntico, es decir, similar en todos los aspectos al producto considerado, o si no existe tal producto, otro producto que, aunque no en todos los aspectos, tiene características muy parecidas a las del producto que está siendo considerado.

⁴ Reportes del Órgano de Apelación: CE – Amianto (2001), párr. 93; Japón - Bebidas Alcohólicas II (1996), párr. 112.

⁵ Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner. The Law and Policy of the World Trade Organization, Cambridge University Press, (2013) pág. 206.

⁶ Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, IBDD 18S/106, adoptado por las PARTES CONTRATANTES en 1970, párr.18.

⁷ En adelante GATT (por sus siglas en inglés), Ver, Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner. The Law and Policy of the World Trade Organization, Cambridge University Press, (2013) pág. 82

⁸ Choi, Won-Mog. How more “likeness” in addressing technical regulations? Society of International Economic Law, (2012) pág. 3.

(Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor⁹, Estados Unidos – Atún II¹⁰, Estados Unidos – EPO¹¹) el alcance del concepto de “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, brindando una interpretación parecida a la aplicada bajo el artículo III:4 del GATT¹². En tal sentido, argumentó que el contexto de interpretación pertinente del artículo 2.1 del OTC era el artículo III: 4 del GATT, sin profundizar en los criterios interpretativos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

No obstante, el Grupo Especial conformado en el caso Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, brindó una interpretación diferente a la derivada del artículo III:4 del GATT, en el entendido que la interpretación de productos similares bajo el Acuerdo OTC, debía obedecer al contexto, objeto y fin del Acuerdo. Esto es, que los objetivos legítimos alegados por los Estados como justificación de sus medidas regulatorias, debían permear el análisis de los criterios objetivos de similitud.

Aunque lo anterior fue revertido por el Órgano de Apelación del mismo caso, quien tomó como contexto de interpretación pertinente el artículo III: 4 del GATT; y así mismo fue aplicado (aunque con argumentos diferentes) por los Grupos Especiales en Estados Unidos – Atún II y Estados Unidos – EPO, resulta pertinente analizar las dos posturas tomadas por el OSD para interpretar el concepto de productos similares bajo el Acuerdo OTC.

⁹ Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R (2 de septiembre de 2011), WT/DS406/AB/R (4 de abril de 2012). En adelante “Estados Unidos – Cigarrillos de Clavo de Olor”.

¹⁰ Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, WT/DS381/R (15 de septiembre de 2011), WT/DS381/AB/R (16 de mayo de 2012). En adelante “Estados Unidos – Tuna II”

¹¹ Estados Unidos - determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), WT/DS384/R (18 de noviembre de 2011), WT/DS384/AB/R (29 de junio de 2012). En adelante “Estados Unidos – EPO”

¹² Estados Unidos – Cigarrillos de Clavo de Olor, párr. 112.

En relación con el concepto de productos similares el OSD manifestó que “...no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es “similar”. El concepto de “similaridad” es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de “similaridad” se extiende y se contrae en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones del Acuerdo sobre la OMC.”¹³

En tal sentido, este texto pretende abordar como problemática principal si la interpretación que realizó el Órgano de Solución de Diferencias del concepto de “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC a la luz de los casos referidos es adecuada de conformidad con los criterios interpretativos de la Convención de Viena.

Con el propósito de abordar dicha problemática, el artículo estará dividido de la siguiente manera: En el capítulo I) se analizará el Acuerdo OTC, teniendo en cuenta su origen; naturaleza frente al GATT de 1994; y su objeto y fin. Lo anterior permitirá conocer las intenciones de los Estados miembros de la OMC, respecto del alcance e interpretación de dicho Acuerdo; en el capítulo II) se explorarán las aproximaciones al concepto de “productos similares” en el marco del GATT, teniendo en cuenta que previo a la interpretación dada en los casos objeto de estudio, no existía pronunciamiento alguno aplicable a “productos similares” del artículo 2.1 del OTC.

En este orden de ideas, a este punto del texto tendremos el marco general tanto del Acuerdo OTC, como del concepto de “productos similares”, situación que permitirá analizar la interpretación dada por el OSD al concepto de productos similares bajo el Acuerdo OTC.

¹³ Informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas Alcohólicas II (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pág. 23

El capítulo III) presentará las dos vertientes argumentativas utilizadas por el OSD al interpretar “productos similares”. Por un lado, la interpretación dada por el Grupo Especial en el caso de cigarrillos de clavo de olor, la cual toma como base los objetivos legítimos de las medidas regulatorias para analizar la similitud entre los productos; y por otro lado, la interpretación dada por el Órgano de Apelación en el caso de cigarrillos de clavo de olor y los Grupos Especiales en Atún II y EPO, en las que consideraron el artículo III:4 del GATT como contexto pertinente de interpretación, y en tal sentido, aplicaron el mismo estándar desarrollado para el GATT al Acuerdo OTC.

Teniendo en cuenta la argumentación dada por el OSD para interpretar “productos similares” en el OTC, posteriormente en el capítulo IV) el texto presentará los criterios interpretativos aplicables a los Acuerdos abarcados de la OMC e identificará aquellos elementos de interpretación derivados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que deben ser observados caso por caso por el OSD para la interpretación de productos similares en el marco del Acuerdo OTC. Todo lo anterior, permitirá proponer algunas conclusiones respecto de la interpretación de los “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, teniendo como marco de referencia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

I. EL ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO (OTC)

A. Origen del Acuerdo OTC

El Acuerdo OTC tiene sus orígenes en el Acuerdo General de 1947, en el cual se hacía referencia al propósito regulatorio de los Estados en los artículos III: 4, XI: 2 y XX. Sin embargo, estas disposiciones no eran lo suficientemente claras respecto de las normas aplicables a los reglamentos técnicos, situación que llevaba a líderes políticos y sectores industriales a buscar otras medidas no arancelarias para proteger sus industrias.¹⁴

Estas medidas incluían la aplicación por parte de los Estados de reglamentaciones técnicas que buscaban promover objetivos legítimos, y en tal sentido, la implementación de reglamentos técnicos cobró cada vez más preponderancia en el comercio internacional para sus actores, hasta nuestros días.¹⁵

Se hizo imperiosa la necesidad de establecer un grupo de trabajo que tuviera como propósito evaluar las repercusiones de los *obstáculos no arancelarios* al comercio; y en consecuencia, surgió un ente de tal naturaleza, que identificó como principales obstáculos no arancelarios aquellos de carácter técnico. De tal manera que tras varias negociaciones plurilaterales entre 1973 a 1979, durante la Ronda de Tokio concluyó con el llamado “Código de Normas”¹⁶, encargado de regular la elaboración, adopción y la aplicación de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de conformidad.¹⁷

¹⁴ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 22, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra (2003).

¹⁵ Informe sobre el Comercio Mundial (2012), Comercio y políticas públicas: Análisis de las medidas no arancelarias en el siglo XXI. Pág. 34 -224. Disponible en http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report12_s.pdf.

¹⁶ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 22, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra (2003).

¹⁷ Código de normas sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (1979). Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/tokyo_tbt_s.pdf.

Dado que el principal foco de atención en el Código de Normas fueron *las medidas*, es necesario resaltar que previo a su adopción, entre marzo de 1976 y marzo de 1977, se intentaron incluir dos modificaciones al texto preliminar, que en últimas buscaban que: i) las medidas adoptadas no fueran “desproporcionadas” frente a los objetivos legítimos perseguidos, y que ii) las medidas no fueran innecesarias para alcanzar los objetivos legítimos establecidos con el reglamento técnico¹⁸.

A pesar que ninguna de las modificaciones fue aceptada¹⁹, este debate se convierte en un punto de referencia sobre la naturaleza y alcance del Código de Normas, predecesor del Acuerdo OTC. Es desde entonces, que la discusión entre los Estados sobre obstáculos técnicos al comercio giró en torno a consideraciones sobre los objetivos legítimos de las medidas frente a la autonomía regulatoria de los Estados.

El “Código de Normas” se interpretó como una ampliación de las excepciones contenidas en el artículo XX del Acuerdo GATT de 1947²⁰, y tuvo como principal objetivo “*no prevenir a los Estados adherentes de introducir o aplicar una medida*” en particular; sino en caso de formularla, tener en cuenta los posibles efectos adversos para el comercio internacional.²¹

Adicionalmente, tuvo como finalidad que al momento de introducir o aplicar un reglamento técnico, cada Estado tuviera la carga de justificar los obstáculos que la medida eventualmente iba a generar.²²

¹⁸ MTN/GNG/NG8/W/77 Technical regulations and Standards as unnecessary Obstacles to Trade in the Agreement on Technical Barriers to Trade, Submission by Canada, Mayo 8 de 1990.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ TRE/W/21 Group on Environmental Measures and International Trade, 17 de Enero de 1994.

²¹ MTN/3E/W/26 Group (3) “Some aspects of the applicability of the draft code on standards to agriculture” Octubre 8 de 1974.

²² *Ibíd.*

El “Código de Normas”, base del futuro Acuerdo OTC, fue solamente firmado por 32 Estados y contaba con limitados mecanismos coercitivos, dado que dependía del consenso de los Estados Parte.²³

Finalmente, el “Código de Normas” adoptado en 1979 fue fortalecido durante la Ronda de Uruguay, y dio nacimiento al actual Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, encargado de regular la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de conformidad.²⁴

El Acuerdo OTC entró en vigor el 1 de enero de 1995 y hace parte integral de los Acuerdos abarcados de la OMC.²⁵

A diferencia del Código de Normas, el Acuerdo OTC obliga a todos sus miembros teniendo en cuenta el carácter multilateral de la Ronda de Uruguay²⁶ y adicionalmente cuenta con instrumentos coercitivos, como los derivados de la aplicación del OSD.

En Conclusión, el Acuerdo OTC tiene por origen las disposiciones establecidas en el “Código de Normas” de 1979, en donde quedó plasmada la intención y entendimiento de las partes contratantes sobre la naturaleza del Acuerdo que se profundizará a continuación.

²³ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 22, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra (2003).

²⁴ Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (1995).

²⁵ Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner. *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, (2013) pág. 861.

²⁶ Condon, Bradly; *La Interpretación del Derecho de la OMC y su efecto en los sistemas jurídicos nacionales*,

B. El Acuerdo OTC frente al GATT: Análisis de la naturaleza de cada Acuerdo

El Acuerdo OTC hace parte de los Acuerdos abarcados de la OMC, de tal manera que se presenta como un desarrollo del GATT de 1994²⁷ a manera de excepción regulatoria a favor de los Estados parte, en línea con las excepciones generales que contiene el artículo XX del Acuerdo General desde 1947.²⁸

Por otro lado, la relación entre el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC, se enmarca dentro del concepto de *lex generalis* (GATT 1994) y *lex specialis* (Acuerdo OTC), dado que, acorde con lo dispuesto en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, en caso de conflicto entre una disposición del GATT y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A, como lo es el Acuerdo OTC, prevalecerá la disposición del otro Acuerdo.

Dado el carácter especializado del Acuerdo OTC, éste contiene un régimen aplicable únicamente a cierta clase de medidas limitadas, tales como reglamentos técnicos. Al analizar el Acuerdo OTC frente al GATT, el Órgano de Apelaciones encuentra que el primero impone obligaciones que parecieran ser diferentes y adicionales a aquellas impuestas a los miembros bajo el GATT de 1994,²⁹ aunque los acuerdos mencionados se relacionen de manera amistosa y armónica.³⁰

Así las cosas, el espíritu del Acuerdo OTC difiere de aquel contenido bajo el GATT de 1994, puesto que, con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)³¹, contiene disposiciones diseñadas para que las medidas impuestas por un Estado sean justificadas científicamente, lo que en últimas representa que su

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 91

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 91.

²⁹ Informe del Órgano de Apelación, EC - Asbestos, párr. 80.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 91

³¹ Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.

examen supera el tradicional debate del GATT sobre las cuestiones de discriminación objetiva.³²

Las anteriores consideraciones evidencian la tensión existente entre, el objetivo de reducir las barreras al comercio (proteccionismo), provenientes de reglamentos técnicos que puedan ser discriminatorios, o que se puedan erigir como medidas más restrictivas de lo necesario para cumplir con objetivos legítimos del Estado³³, y el derecho legítimo y suficiente de los Estados parte de la OMC de elaborar y aplicar reglamentos técnicos en virtud de su autonomía regulatoria³⁴.

De lo antes expuesto también se comienza a hacer patente el debate entre el estándar GATT tradicional para prevenir las discriminaciones, presente puntualmente en los artículos III.2 y III.4 de dicho Acuerdo, y la evaluación de carácter especializado que enmarca el análisis del Acuerdo OTC.

A pesar de elementos jurisprudenciales y teóricos para comprender la naturaleza del Acuerdo OTC y su relación con el GATT, a continuación se ahonda en su naturaleza, la cual como ya se ha analizado y se observará posteriormente, exigiría criterios interpretativos diferentes, en contraposición a aquellos utilizados en la solución de diferencias en el marco del GATT de 1994.

Naturaleza Excepcional del Acuerdo OTC

El objetivo del GATT es en últimas lograr la liberalización comercial, o por lo menos el funcionamiento del mercado internacional de bienes con arreglo al principio de no discriminación (Nación más Favorecida y Trato Nacional); a la

³² Choi, Won-Mog. How more “likeness” in addressing technical regulations?, Society of International Economic Law, (2012) pág. 4.

³³ *Ibíd.* Pág. 369.

³⁴ Zleptnig, Stefan; Non-economic objectives in WTO law / justification provisions of GATT, GATS, SPS, and TBT agreements. Martinus Nijhoff Publishers (2010) Pág. 366

consolidación de barreras limitadas al comercio, como es el caso de los aranceles- también llamado arancelización de las barreras comerciales-; y a la prohibición de imponer barreras absolutas al comercio, como es el caso de las restricciones cuantitativas, entre otros principios³⁵.

En la historia del GATT y de la OMC, el estándar de Trato Nacional se ha analizado con arreglo al principio de no discriminación³⁶. De este análisis por parte del OSD ha surgido la metodología para analizar objetivamente la no discriminación a nivel de trato nacional, tanto en temas tributarios como regulatorios.³⁷ El análisis objetivo sobre discriminación, como su nombre lo indica, está relacionado con la aplicación del principio de no discriminación en el comercio internacional.

Por su parte, el Acuerdo OTC pretende prevenir desviaciones al objetivo del GATT y de la OMC sobre arancelización de las barreras comerciales. En este contexto, el Acuerdo OTC no está atado al principio de no discriminación, si bien incluye criterios sobre el particular, busca regular la creación de barreras no arancelarias, para efectos de conservar e impulsar el objetivo de la arancelización.³⁸ Como ya se dijo, el Acuerdo OTC no pretende cercenar la autonomía regulatoria de los Estados parte para proteger objetivos legítimos, sino lograr un equilibrio entre esta autonomía y la liberalización comercial, con el fin que permita mantener la discusión sobre ésta última con relación a los aranceles consolidados y aplicados por los Estados.

Para determinar el tipo de análisis aplicable a una medida técnica en virtud del Acuerdo OTC impuesta por un Estado, surge la pregunta sobre cómo se debe interpretar el OTC y sus disposiciones. Puntualmente, resulta necesario establecer

³⁵ Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner. *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, (2013) pág. 82.

³⁶ *Ibíd.* Pág. 350.

³⁷ *Ibíd.* Pág. 352.

³⁸ *Ibíd.* Pág. 851.

si la aplicación del OTC debe ser restrictiva o no, al permitir que la medida aplicada por un Estado sea considerada compatible con sus obligaciones frente al citado Acuerdo.

Teniendo en cuenta que la arancelización funcionaría como un principio, se podría argumentar que el OTC es una excepción a éste. En tal sentido, sería necesario establecer el carácter excepcional del OTC. Para esto se propone la metodología planteada por Qureshi³⁹ sobre excepciones de jure y de facto en OMC.

La existencia de excepciones explícitas de jure en el marco de los Acuerdos OMC es poco frecuente, de tal suerte que su presencia como elemento contextual del articulado del GATT de 1994 se da únicamente en los artículos XIV, XX y XXI. Así como pocas menciones directas en Acuerdos adicionales al general, a saber AGCS y ADPIC.⁴⁰

Acorde al derecho internacional, la naturaleza de excepcionalidad de una provisión normativa no se encuentra dada únicamente por una referencia expresa de su contenido, puesto que las mismas están sujetas a una caracterización basada en la interpretación de los tratados.⁴¹

En el caso de los Acuerdos de la OMC, el contenido y la naturaleza normativa de las disposiciones está expuesto a dinámicas y cambios frecuentes acorde al flujo comercial e interpretaciones de cada espacio temporal específico.⁴² Puesto que en un período de tiempo, una norma puede ser interpretada como excepcional, y en otro espacio temporal su alcance puede considerarse como no excepcional.

En el caso concreto del Acuerdo OTC, no encontramos referencia expresa alguna que nos permita concluir su naturaleza de excepción respecto del Acuerdo general

³⁹ Qureshi, Asif H. *Interpreting WTO Agreements problems and perspectives*. Cambridge University Press, 2006.

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 90

⁴¹ *Ibíd.*,

⁴² *Ibíd.* Pág. 91.

de 1994, razón por lo cual es necesario analizar su naturaleza bajo la categoría de excepción de facto.

Las excepciones de facto son aquellas derivadas de principios generales que no aparecen explícitamente identificadas como tal en los textos jurídicos y su existencia se debe a construcciones interpretativas sobre su alcance y naturaleza.⁴³

Ahora bien, contraria a la existencia limitada de excepciones *de jure* en el marco de la OMC, las excepciones *de facto* se encuentran casi en todos los Acuerdos de esta organización sin necesidad de realizar referencias explícitas acerca de su naturaleza. Razón por la cual, las declaraciones políticas y los pronunciamientos del OSD han sido de vital importancia para determinar la existencia de las mismas.⁴⁴

Para determinar la naturaleza excepcional de una norma es necesario reunir las siguientes condiciones: i) La relación respecto de un Acuerdo general, dado que como en el caso del GATT, este no es necesariamente el único de los Acuerdos OMC; ii) La intención de los Estados parte respecto de la naturaleza del Acuerdo, teniendo en cuenta su proceso de caracterización como norma y si efectivamente ésta se ha entendido como una excepción; y por último que iii) La excepción se encuentre derivada directamente de la norma general⁴⁵.

Respecto al Acuerdo OTC encontramos de conformidad con los pronunciamientos del OSD, así como en declaraciones incluidas en sus trabajos preparatorios⁴⁶, que su concepción respecto del Acuerdo General (GATT) ha sido concebida como un desarrollo de las excepciones contenidas en el artículo XX.⁴⁷

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ TRE/W/21 Group on Environmental Measures and International Trade, 17 de Enero de 1994.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. 91

Observamos que desde los trabajos preparatorios previos a la ronda de Tokio, precursora del “Código de Normas” arriba mencionado, hasta el texto final del Acuerdo OTC adoptado en la ronda de Uruguay, la intención de los Estados fue concebir el OTC como un instrumento excepcional que brinda un equilibrio entre la autonomía regulatoria de los Estados y la liberalización del comercio.⁴⁸

Podemos concluir que de conformidad del artículo XX del GATT de 1994 y las diferentes interpretaciones del OSD el Acuerdo OTC es en su naturaleza excepcional, situación que requiere especial atención al momento de interpretar sus disposiciones como se explicará más adelante.

C. Objeto y fin del Acuerdo OTC

Establecido el origen y naturaleza del Acuerdo OTC, es necesario reconocer su objeto y fin para determinar posteriormente si la interpretación dada por el OSD en los casos mencionados es adecuada a la luz de las *normas usuales de interpretación del derecho internacional público*⁴⁹, especialmente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵⁰

El objeto y fin del Acuerdo OTC reconocido por el OSD⁵¹ es el establecimiento de un equilibrio entre sus objetivos primordiales antes mencionados, por un lado, la liberalización del comercio, como objetivo común a todos los Acuerdos de la OMC, y de otro lado, el derecho a una autonomía regulatoria de los Estados para adoptar reglamentaciones que promuevan objetivos legítimos.

El anterior establecimiento del objeto y fin del Acuerdo OTC debe partir de consideraciones sobre su origen, teniendo en cuenta las intenciones de las partes

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Ver capítulo IV del presente texto.

⁵⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331, (1969).

⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. 174.

contratantes al momento de aprobar el “Código de Normas” de 1979; su naturaleza, al considerarlo como un desarrollo propio de una norma de carácter excepcional (Art. XX del GATT de 1994) y su funcionamiento dentro del cuerpo normativo de los Acuerdos de la OMC.

Por último, se debe considerar el objeto y fin explícito en el texto del Acuerdo, para lo cual acudiremos, al igual que lo ha hecho el OSD, al análisis del preámbulo, teniendo en cuenta su carácter relevante para la construcción de un contexto armónico entre las obligaciones y los derechos allí desarrollados.

El preámbulo establece el deseo de “*promover la realización de los objetivos del GATT de 1994*”, aspiración que ha sido interpretada por el Órgano de Apelación como indicativo que el Acuerdo OTC se presenta como un “desarrollo de las disciplinas del GATT”⁵² y en tal sentido como ha sido mencionado previamente, se erige como *lex specialis* dentro de los Acuerdos de la OMC.

Igualmente el preámbulo, reconoce la importancia de las normas internacionales y la facilitación del comercio internacional, tomando como punto de partida la contribución que éstas pueden tener “al aumentar la eficacia en la producción y la facilitación del comercio internacional.”

Así mismo, desde el preámbulo desea que los reglamentos técnicos y normas bajo el Acuerdo sean aplicados de tal manera que “*no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional*”. En palabras del Órgano de Apelación, esta consideración está dirigida a limitar el derecho de los Estados parte a reglamentar para evitar tratos discriminatorios.⁵³

De la misma manera, el objetivo de evitar la existencia de “obstáculos innecesarios al comercio internacional” se encuentra reforzado por el sexto considerando, en tanto se reconoce expresamente el derecho de los Miembros a reglamentar con el fin de alcanzar objetivos legítimos entre los que enuncia i)

⁵² *Ibíd.* Párr. 91.

⁵³ *Ibíd.* Párr. 92 – 93.

asegurar la calidad de sus exportaciones, ii) proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, iii) proteger el medio ambiente; y iv) prevenir prácticas que puedan inducir a error.

El reconocimiento de un derecho regulatorio a favor de los Estados en el Acuerdo OTC, como el mencionado previamente y su naturaleza excepcional dilucidada en el apartado anterior del texto, hace menester la pregunta sobre la interpretación que se debe dar a este tipo de acuerdos excepcionales, en busca del verdadero equilibrio pretendido entre liberalización del comercio y la autonomía regulatoria como objeto y fin del Acuerdo.⁵⁴

Acorde a lo anterior, y con el fin de resolver si la interpretación dada al concepto de productos similares bajo el Acuerdo OTC fue adecuada en vista de los criterios interpretativos aplicables en el marco de la OMC, es necesario realizar un acercamiento al concepto de productos similares existente.

En vista que previo a la interpretación del OSD sobre productos similares en el Acuerdo OTC, no existía pronunciamiento alguno sobre el concepto de similaridad⁵⁵, es menester denotar la existencia de diferentes aproximaciones previas, buscando observar que han existido diferentes interpretaciones sobre su entendimiento. Lo anterior, demostrará que no necesariamente existe una única alternativa de interpretación de “productos similares” en el marco de la OMC, y será parangón de interpretación respecto de aquella dada por el OSD bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, Párr. 94-96 .

⁵⁵ Van den Bossche, Peter; Pré Vost Denise; Matthee Marielle. WTO Rules on Technicals Barriers to Trade, Maastricht Faculty of Law Working Paper (2005 – 2006), pág. 16.

II. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE “PRODUCTOS SIMILARES” EN LA OMC

La violación por parte de un Estado a las disposiciones referentes a Trato Nacional o Nación más Favorecida (principio de no discriminación) en los Acuerdos abarcados de la OMC, hacen necesaria la concurrencia de tres elementos: i) que exista una medida (arancelaria/no arancelaria) impuesta por un Estado; ii) que los productos afectados por dicha medida sean similares a los productos nacionales y a los productos de otros orígenes; y iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares y a productos similares de otros países.⁵⁶

Así las cosas, la determinación de los productos similares afectados por las medidas impuestas, juega un papel fundamental en el objetivo de liberalización comercial por el que propende la OMC, en el entendido que es sobre estos productos en los cuales recaen los efectos adversos de las medidas discriminatorias.

Teniendo en cuenta que previo a los pronunciamientos del OSD sobre productos similares en el Acuerdo OTC, no existía interpretación alguna aplicable a dicho concepto; se hace necesario visualizar los criterios existentes desarrollados por el profesor Won-Mog Choi⁵⁷ de conformidad con la doctrina y los pronunciamientos del OSD, con el propósito de establecer i) que no ha existido un único criterio aplicable a la interpretación de productos similares en la OMC; y ii) que el estudio de similitud entre los productos, requiere un análisis caso a caso a la luz del contexto, objeto y fin de cada Acuerdo que incluya dicha disposición.

⁵⁶ Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner. *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, (2013) pág. 352.

⁵⁷ Choi, Won-Mog. How more “likeness” in addressing technical regulations? *Society of International Economic Law*, (2012).

Varios Acuerdos de la OMC incluyen el criterio de “productos similares”⁵⁸, situación que denota la importancia de dicho concepto en el derecho internacional económico, pues actúa como base para evitar conductas discriminatorias que favorezcan la aplicación de conductas proteccionistas por parte de los Estados.

El Grupo Especial en el caso Japón – Bebidas Alcohólicas, estableció la forma en la cual se deberían acercar los Grupos Especiales al momento de determinar la similitud de los productos respecto de una medida, el concepto acotado para este fin fue denominado como “*el acordeón de los productos similares*”⁵⁹, lo que significa que al existir el concepto de productos similares en diferentes provisiones de los Acuerdos OMC es necesario analizar el concepto acorde a lo dispuesto en cada uno de los acuerdos objeto de estudio por parte del Órgano de Solución de Diferencias.

Es necesario tener en cuenta el desarrollo del concepto de “productos similares” y como se ha ampliado su ámbito de interpretación con el tiempo, a manera de ejemplo, podemos observar como en 1949 el brandi y el coñac fueron considerados productos diferentes debido a diferencias aromáticas y a sus aditivos⁶⁰. Mientras que en 1996, en el caso Japón – Bebidas Alcohólicas, el shōchū, vodka, whiskey, ron, brandi, ginebra y otros licores fueron considerados todos como “similares o directamente competitivos o productos sustituibles” bajo una interpretación objetiva.⁶¹

Este tipo de escenarios como el descrito en el caso Japón - Bebidas Alcohólicas, se debe a la globalización del mercado como resultado de la asimilación de los

⁵⁸ Ver, Art. I, II, III y XVII del GATT; Art. 3 y 4 del Acuerdo ADPIC; Art. 2 y 5 del Acuerdo MSF, el Art. 2.1 del Acuerdo OTC.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas Alcohólicas II (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pág. 21

⁶⁰ Informe de las partes contratantes, Brazilian Internal Taxes, BISD II/181, 27 de Junio de 1949. Disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/49inttax.pdf Consultado el 1 de Septiembre de 2013.

⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas Alcohólicas II (1996) WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (1996).

gustos y hábitos de los consumidores,⁶² lo anterior, revela el hecho que la interpretación objetiva con el paso del tiempo ha dado cada vez menos cabida a criterios subjetivos de interpretación.

Ahora bien, el profesor Choi ha identificado tanto en pronunciamientos del OSD, como en la doctrina relevante, el desarrollo de varias aproximaciones al concepto de “productos similares” entre las que se encuentran; las aproximaciones: objetiva; de propósitos y efectos; basada en procesos y métodos de producción; la basada en criterios de comparación alternativos y una última basada en el mercado.

La aproximación objetiva al concepto de productos similares se ha erigido como el criterio más comúnmente utilizado para la interpretación del concepto “productos similares” por parte del OSD de la OMC⁶³ y tiene como fundamento la utilización de una lista de factores medibles que indican la similitud entre los productos, a saber: i) usos finales dados a los productos en el mercado; ii) gustos y hábitos de los consumidores y; iii) características físicas de los productos.

El OSD ha orientado las discusiones de similaridad teniendo en cuenta la aproximación objetiva, en el entendido que aquellos factores de medida mencionados, son los que determinan la relación de competencia en el mercado, la cual debe ser probada a la luz del trato menos favorable que otorgue la medida en disputa.⁶⁴

Estos criterios tomados del Reporte del grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera⁶⁵, han sido desarrollados por la jurisprudencia de la OMC, indicando que

⁶² Choi, Won-Mog. How more “likeness” in addressing technical regulations? Society of International Economic Law, (2012). Pág. 12.

⁶³ Ibid. Pág. 4.

⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas Alcohólicas II (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pág. 21

⁶⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, IBDD 18S/106, adoptado por las PARTES CONTRATANTES en 1970, párr.18.

esta interpretación es la adecuada para seguir en casos donde se necesitara determinar la similitud de los productos.⁶⁶

No obstante, la utilización de los factores antes mencionados, los Grupos Especiales han optado por adicionar algunos indicadores como la clasificación arancelaria⁶⁷ y la visibilidad y aceptación del producto en el mercado.⁶⁸

En algunos casos, el OSD ha utilizado factores diferentes a los “objetivos” arriba descritos para el análisis de “productos similares”. Por lo tanto, encontramos la aproximación para determinar la similitud de los productos basada en los “propósitos y efectos de las medidas”. Esta aproximación analiza el “propósito” y el “efecto” de las medidas cuestionadas y no las características objetivas del producto, sin embargo, este criterio ha sido utilizado en pocos casos⁶⁹ y fue inmediatamente revertido por el OSD en decisiones posteriores, como fue el caso de Japón Bebidas Alcohólicas II.⁷⁰

El debate sobre hasta qué punto puede la aproximación de “propósitos y efectos” de una medida que restrinja la importación, modificar la interpretación del concepto de “productos similares”, ha jugado un rol importante sobre la obligación de trato nacional. Los autores del test de “propósitos y efectos” consideran que aunque dos productos no sean idénticos, pueden ser considerados como “productos similares” dependiendo la perspectiva desde la cual se realice el análisis.⁷¹ En consecuencia, varios autores consideran que no es viable un análisis

⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas Alcohólicas II (1996) WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (1996).

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, WT/DS31/AB/R pág. 21.

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta, BISD 39S/206, párr. 5.25.

⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas Alcohólicas II (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, párr. 18

⁷¹ Rossler, Frieder; *Diverging Domestic Policies and Multilateral Trade Integration*, MIT press Cambridge (1996) pág 21-56.

de similitud de productos sin tener en cuenta los propósitos y efectos de la medida cuestionada.⁷²

Por otro lado, ha surgido en el comercio internacional, una aproximación a la determinación de similitud de los productos basada en los procesos y métodos de producción, la cual se refiere productos que son físicamente idénticos, tienen usos finales idénticos y su clasificación arancelaria es la misma; situación en la cual los consumidores solo podrían diferenciarlos si son etiquetados de manera diferente acorde a sus procesos y métodos de producción.⁷³

Sin embargo, esta aproximación fue descartada por el Grupo Especial en Estados Unidos – Atún, en el entendido que “aquellas diferencias derivadas de los métodos de producción que no se vean reflejadas en el producto, no son relevantes para determinar la similitud de los productos”.⁷⁴

Recientemente algunos doctrinantes han sugerido una aproximación para la determinación de productos similares de conformidad con una propuesta de criterios de comparación alternativos⁷⁵, ésta aproximación busca que los Estados sugieran criterios alternativos de comparación que permitan determinar la similitud de los productos, por ejemplo, criterios de eficiencia ecológica del producto. Sin embargo, el OSD se vería abocado a determinar la legitimidad de dichos criterios y después debería determinar si la creación de ese criterio de comparación alternativo otorga un trato menos favorable a los productos importados respecto de aquellos productos nacionales o provenientes de un tercer país⁷⁶, situación que

⁷² Hudec, Robert. “Like Product”: The differences in meaning in GATT Articles I and III, University of Michigan Press, (2000).

⁷³ Choi, Won-Mog. How more “likeness” in addressing technical regulations? Society of International Economic Law, (2012). Pág. 7.

⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Atún, párr. 5.15

⁷⁵ Stoll and Schorkopf, WTO: World Economic Order, World Trade Law (Nijhoff Leiden 2006). Pág. 17.

⁷⁶ *Ibíd.*

a primera vista erige esta aproximación como inviable debido al criterio subjetivo establecido por parte de cada Estado.

Finalmente, así el criterio mayoritariamente utilizado por el OSD sea aquel derivado de la aproximación “objetiva”. Varios Grupos Especiales han tenido en cuenta un criterio adicional basado en el mercado, en cual se analiza cuando dos productos comparados comparten los mismos usos finales en el mercado y que estos usos vayan acorde con un análisis más subjetivo acerca de las preferencias o hábitos de los consumidores.⁷⁷ Por ejemplo, en *Corea – Bebidas Alcohólicas*, el Grupo Especial utilizó criterios basados en el mercado como la elasticidad de los precios cruzados, concepto traído a colación por el derecho de la competencia.

En vista de las anteriores aproximaciones, es posible afirmar que la determinación de productos similares, por lo general, ha estado atada al principio de arancelización propio del análisis de violaciones al GATT de 1994, y en tal sentido su interpretación y alcance ha estado dado por la utilización de criterios objetivos de similitud; situación que se explica en el entendido que las violaciones al principio de no discriminación en el GATT son aplicables a una gran variedad de medidas.

Encontramos que en el desarrollo del concepto de productos similares, su interpretación ha sido dada de diferentes maneras, determinadas por el espacio temporal y contexto del Acuerdo. Así las cosas, podemos concluir que si bien, el concepto de productos similares ha tenido una interpretación mayoritariamente objetiva, esto no ha sido impedimento para plantear otras posibilidades interpretativas aplicables.

Por último, teniendo en cuenta aquellos elementos derivados del origen, naturaleza y objeto y fin del Acuerdo OTC, así como las aproximaciones dadas por la doctrina y el OSD al concepto de productos similares en el marco de la OMC; es

⁷⁷ Choi, Won-Mog. How more “likeness” in addressing technical regulations? Society of International Economic Law, (2012). Pág. 8.

posible ahora analizar la interpretación brindada por el OSD a los “productos similares” bajo el artículo 2.1 del OTC, para establecer si es adecuada una interpretación tomando como contexto pertinente el artículo III: 4 del GATT, o si por el contrario teniendo en cuenta el “acordeón de similaridad” debe ser aplicado un criterio diferente para los productos similares bajo el Acuerdo OTC, tomando como referencia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

III. INTERPRETACIÓN DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS (OSD) AL CONCEPTO DE “PRODUCTOS SIMILARES” BAJO EL ARTÍCULO 2.1. DEL ACUERDO OTC: ¿ES EL ARTÍCULO III: 4 DEL GATT CONTEXTO PERTINENTE PARA SU INTERPRETACIÓN?

Tanto el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, como el artículo III: 4 del GATT brindan las herramientas necesarias para prevenir medidas discriminatorias en cada uno de los Acuerdos respecto del Trato Nacional.

Las dos disposiciones cuentan con la misma estructura normativa, a saber: i) la existencia de una medida (arancelaria/no arancelaria) impuesta por un Estado; ii) que los productos afectados por dicha medida sean similares a los productos nacionales y a los productos de otros orígenes; y iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares y a productos similares de otros países.

No obstante lo anterior, el artículo 2.1 del OTC incluye una referencia expresa a su naturaleza de *lex specialis*, en el entendido que reconoce la aplicación de la norma respecto de reglamentos técnicos de la siguiente manera:

Artículo 2.1. *Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los **reglamentos técnicos**, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un **trato no menos favorable** que el otorgado a **productos similares** de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.*

Por su parte, el artículo III: 4 del GATT brinda una amplia posibilidad de aplicación debido a su ubicación bajo la *lex generalis* como lo es el GATT de 1994.

Artículo III: 4 *Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un **trato menos favorable** que el concedido a los **productos similares** de origen nacional, en lo concerniente a **cualquier ley, reglamento o prescripción** que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior.*

Ahora, si bien es cierto que a primera vista las disposiciones presentadas suponen una similitud innegable, también es cierto que una interpretación idéntica para las dos disposiciones se erige como un desconocimiento de los criterios interpretativos aplicables a las mismas.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se expondrán los principales argumentos utilizados por el OSD para delinear las posturas relativas a la interpretación de “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. La cual, giró en torno a la pertinencia contextual de interpretaciones previas del concepto de productos similares bajo el artículo III: 4 del GATT de 1994; y si era aplicable la interpretación acogida bajo este artículo al entendimiento de “productos similares” del artículo 2.1 de Acuerdo OTC.

Existen recientemente por parte del OSD, dos interpretaciones aplicables al concepto de productos similares en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. De un lado, aquella desarrollada por el Grupo Especial de Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, el cual considero que las interpretaciones desarrolladas en el contexto del artículo III: 4 del GATT de 1994 no pueden simplemente transponerse al artículo 2.1 del Acuerdo OTC⁷⁸. Y por otro lado, la interpretación del Órgano de Apelación del caso de cigarrillos de clavo de olor, que revocó el entendimiento del Grupo Especial y estableció como contexto interpretativo pertinente del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, aquel derivado del artículo III:4 del GATT. Así mismo, los Grupos Especiales en Estados Unidos – Atún II y Estados Unidos – EPO, consideraron este criterio interpretativo (con argumentos diferentes) como el aplicable al entendimiento de productos similares.

En tal sentido, analizaremos cada una de las posturas presentadas a favor y en contra de la utilización del artículo III: 4 del GATT como criterio pertinente de interpretación del concepto de productos similares bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

A. Interpretación del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC a luz del Objetivo Legítimo

Es necesario prestar especial atención a lo establecido por el Grupo Especial en el caso de Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, dado que como se desarrollará más adelante, la interpretación dada por este grupo se acerca más a los lineamientos interpretativos brindados por la Convención de Viena, sin necesariamente tachar de incorrecta la interpretación dada por el Órgano de Apelación al respecto.

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. 7.95 – 7.96.

Estados Unidos promulgó la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*, mediante la cual estableció la prohibición a la venta de tabaco o cigarrillos con aditivos de hierbas o especias, salvo aquellos que contenían mentol y tabaco.⁷⁹ La reglamentación tuvo como fundamento proteger la salud pública y reducir el número de personas menores de 18 años de edad que consumían productos de tabaco.⁸⁰ En razón a lo anterior, Indonesia solicitó al Grupo Especial que constatará si el artículo 907 (a)(1)(A) era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁸¹

El Grupo Especial consideró que las interpretaciones desarrolladas en el contexto del artículo III: 4 del GATT de 1994 no pueden simplemente transponerse al artículo 2.1 del Acuerdo OTC⁸². Sí bien, el artículo 2.1 del Acuerdo OTC está inspirado en el artículo III: 4 del GATT de 1994 al imponer la obligación de otorgar a los productos importados “un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional”. También es cierto que el artículo 2.1 del Acuerdo OTC es aplicable sólo a reglamentos técnicos, mientras que el artículo III: 4 del GATT es aplicable a un grupo de medidas más amplio, que comprendería los reglamentos técnicos.⁸³

De igual manera, estableció que la interpretación sobre “productos similares” basado en la relación de competencia de acuerdo al artículo III:4 del GATT, fue desarrollado por el Órgano de Apelación en CE – Amianto⁸⁴ sobre el principio general establecido en el artículo III: 1 del GATT, el cual no tiene equivalente en el Acuerdo OTC⁸⁵. Por lo tanto, el contexto permite distintas interpretaciones de la

⁷⁹ *Ibíd.* párr. 2.4.

⁸⁰ *Ibíd.* Párr. 2.6

⁸¹ *Ibíd.* Párr. 3.1

⁸² *Ibíd.* Párr. 7.95 – 7.96.

⁸³ *Ibíd.* Párr. 7.95 – 7.96.

⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R, 12 de marzo de 2001. (En adelante CE – Amianto)

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor *Ibíd.* Párr. 7.99

expresión “productos similares” en el artículo III: 4 del GATT de 1994 y en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.⁸⁶

El hecho que el reglamento técnico regule características de un producto como aromas característicos para determinados tipos de productos (cigarrillos) debería tener importancia al momento de determinar si los productos en disputa son similares. Puesto que para que un cigarrillo se encuentre regulado por el reglamento técnico éste debe tener un aditivo que produzca un sabor, gusto o aroma distintivo⁸⁷. Los aditivos que contengan los cigarrillos deben afectar a la determinación de la similitud más que los criterios relacionados con la competencia u otros criterios, por ser la característica exacta que determina si un cigarrillo está o no comprendido en el ámbito de aplicación del reglamento técnico.⁸⁸

El Grupo Especial resaltó el sexto considerando del preámbulo de Acuerdo OTC, en el entendido que reconoce “*que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias... para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados (...)*” Según el Grupo Especial, el citado considerando del preámbulo, justifica una interpretación de “productos similares” en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC distinta de la desarrollada bajo el artículo III: 4 del GATT de 1994, dada la naturaleza de las medidas contempladas en el Acuerdo OTC.⁸⁹

En consecuencia, según el Grupo Especial, debe tenerse en cuenta la importancia del objetivo de salud pública del reglamento técnico, y la manera en que

⁸⁶ Ibid. Párr. 7.105

⁸⁷ Ibid. Párr. 7.109 – 7. 110

⁸⁸ Ibid. Párr. 7.109 – 7. 110

⁸⁹ Ibid. Párr. 7.113 – 7. 114

determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de esos productos, deben evaluarse a la luz de ese objetivo. En este caso, el objetivo legítimo de salud pública de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes debería permear el análisis de productos similares.⁹⁰

Por todo lo anterior, el Grupo Especial consideró que la interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, en las circunstancias del caso, no debía abordarse principalmente desde la perspectiva de la competencia, sino a la luz del objetivo legítimo de salud pública.⁹¹

Cabe destacar igualmente, que el Grupo Especial decidió examinar los cuatro criterios objetivos del análisis tradicional de productos similares para determinar si estos productos (los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados) eran similares en los términos del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, a saber: 1) Propiedades físicas; 2) Usos finales; 3) Hábitos y preferencias de los consumidores; y 4) clasificación arancelaria.⁹²

De acuerdo al Grupo Especial, al ponderar los criterios mencionados, los cuales fueron constatados en su totalidad para los productos en cuestión, se tuvieron muy en cuenta la pertinencia de las características que son significativas respecto del objetivo de salud pública de la medida regulatoria, esto es, la reducción del tabaquismo entre los jóvenes.⁹³

En conclusión del Grupo Especial, puede considerarse que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son “similares” en algunos contextos, pero no en otros, dependiendo del objetivo de la medida objeto de litigio. Y en el caso

⁹⁰ Ibid. Párr. 7.116

⁹¹ Ibid. Párr. 7.119

⁹² Ibid. Párr. 7.147 – 7.148

⁹³ Ibid. Párr. 7.240 – 7.244

concreto, consideró que la medida cuestionada regula los cigarrillos sobre la base de una característica común a los dos tipos de cigarrillos mencionados como es “contener, como elemento constitutivo... o aditivo un aroma artificial o natural... o una hierba o especia... que es un aroma característico”.⁹⁴

B. Artículo III: 4 del GATT como contexto pertinente de interpretación

El OSD estableció en CE – Amianto la existencia de un contexto pertinente de interpretación para la determinación de productos similares bajo el artículo III: 4 del GATT, el cual se basa en la utilización de “los significados atribuidos a la expresión "productos similares" en otras disposiciones del GATT de 1994 o de otros acuerdos abarcados”⁹⁵.

De tal manera, tanto el Órgano de Apelación de cigarrillos de clavo de olor, como los Grupos Especiales de Atún II y EPO, consideraron que el contexto pertinente descrito por el OSD en CE – Amianto aplicable a la interpretación de productos similares del artículo 2.1 del OTC, era aquel desarrollado bajo el artículo III: 4 del GATT de 1994.

Aunque los Grupos Especiales reconocieron que los “productos similares” no podían ser interpretados de la misma manera en los artículo III:4 del GATT y en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, debido a las diferencias contextuales que presentaban⁹⁶. Consideraron que la interpretación dada a productos similares por el Órgano de Apelación en CE - Amianto era pertinente para interpretar dicho concepto en el Acuerdo OTC⁹⁷, y por lo tanto definieron los productos similares

⁹⁴ Ibid. Párr. 7.246 – 7.247

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas — Amianto, párr. 89.

⁹⁶ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Atún II, párr. 7.223.

⁹⁷ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – EPO, párr. 7.230.

como “una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos”,⁹⁸

La relación de competencia desarrollada por el OSD en CE – Amianto, fue ampliamente apoyada por el Órgano de Apelación de cigarrillos de clavo de olor al controvertir los argumentos desarrollados por el Grupo Especial en el mismo caso, al expresar que “no estamos convencidos de que de los elementos del contexto y del objeto y fin del *Acuerdo OTC* se desprenda que no es posible abordar la interpretación del concepto de "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* desde una perspectiva orientada a la competencia”.⁹⁹ Lo anterior, se explica en la referencia expresa al contexto pertinente de interpretación que brinda el artículo III: 4 del GATT, que como establecimos realiza el análisis de similitud teniendo en cuenta la relación de competencia de dos o más productos.¹⁰⁰

Según el Órgano de Apelación, los Grupos Especiales al interpretar el concepto de productos similares del artículo 2.1 del OTC, debían identificar la relación de competencia entre los productos para determinar su similitud, tomando como concepto base que informa la similitud, el de “trato no menos favorable”, puesto que según el Órgano de Apelación, sólo en el mercado se puede establecer cuál es el trato que da la medida a los productos importados y nacionales similares.¹⁰¹

Por lo tanto, el Órgano de Apelación estableció un análisis de similitud a la luz de una relación de competencia objetiva, independiente de la medida en litigio que se discuta bajo el *Acuerdo OTC*¹⁰². Esta situación es a todas luces un desconocimiento del objeto y fin del *Acuerdo OTC*, el cual desde sus orígenes indica que deben primar las consideraciones atinentes a las medidas regulatorias impuestas en desarrollo del derecho legítimo de los Estados.

⁹⁸ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Atún II, párr. 7.223.

⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. 108.

¹⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas — Amianto, párr. 99.

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. Párr. 111

¹⁰² *Ibíd.*

Visto lo anterior, aparentemente las decisiones del OSD (Estados Unidos – Cigarrillos de Clavo de olor, Estados Unidos – Atún II, Estados Unidos EPO) en este sentido, se alejaron del objeto y fin del Acuerdo OTC desarrollado en el preámbulo del mismo, puesto que desconocieron criterios de interpretación aplicables, y simplemente resaltaron la promoción de los objetivos del GATT de 1994¹⁰³ en detrimento de las intenciones y entendimiento de los Estados parte de la OMC sobre el Acuerdo OTC.

Por ejemplo, el Órgano de Apelación en el caso de cigarrillos de clavo de olor, no estuvo de acuerdo en que el texto y el contexto del Acuerdo OTC respaldaran una interpretación del concepto de “productos similares” del artículo 2.1 que atendiera a los objetivos legítimos y finalidades del reglamento técnico, sino que por el contrario este concepto debía ser amarrado a aquella interpretación de su contexto pertinente, como lo es el artículo III: 4 del GATT.

Adicionalmente, el OSD se apartó de los criterios de interpretación desarrollados por la Convención de Viena, en el entendido que dejó prevalecer argumentos tales como la similitud de las palabras de las disposiciones o de las obligaciones y en tal sentido, el Grupo Especial del caso EPO, afirmó que tanto el artículo 2.1 del OTC, como el III: 4 del GATT imponían una “obligación de trato nacional” y utilizaban términos similares”.¹⁰⁴

En conclusión, el OSD optó por un análisis de “productos similares” bajo la aproximación objetiva basada en la relación de competencia de los productos de acuerdo al contexto pertinente de interpretación (artículo III: 4 del GATT), y en tal sentido utilizó los cuatro criterios objetivos tradicionales¹⁰⁵, a saber: 1) Propiedades físicas; 2) Usos finales; 3) Hábitos y preferencias de los consumidores; y 4) clasificación arancelaria,¹⁰⁶ cerrando así las puertas a una

¹⁰³ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Atún II, Párr. 7.233.

¹⁰⁴ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – EPO, párr. 7.230.

¹⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. Párr. 118 – 119.

¹⁰⁶ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Atún II, párr. 7.235.

interpretación diferente a aquella brindada bajo el artículo III: 4 del GATT para el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Ahora bien, es menester establecer cuál es la normatividad aplicable a la interpretación de los Acuerdos abarcados de la OMC, y en tal sentido cuales criterios interpretativos dejaron de ser analizados a profundidad por el OSD al momento de determinar la interpretación de los productos similares del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Por tal razón, a continuación se plantea el marco de interpretación aplicable al Acuerdo OTC, para así mismo analizar la aplicación de éste al concepto de productos similares del Acuerdo OTC.

IV. ELEMENTOS DE UNA EVENTUAL INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE “PRODUCTOS SIMILARES” DEL ARTÍCULO 2.1 DEL ACUERDO OTC A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Las interpretaciones realizadas al concepto de productos similares bajo el Acuerdo OTC en los casos antes reseñados, llaman la atención sobre la forma en que la interpretación sobre “productos similares” se debe realizar en el marco del OTC. De tal manera, el presente acápite desarrollara la normatividad aplicable a la interpretación de dicho Acuerdo.

Para tal efecto, es necesario remitirse al artículo 3.2 del Entendimiento relativo a la Solución de Diferencias (ESD) de la OMC, el cual establece como criterios de interpretación las “*normas usuales de interpretación del derecho internacional*”

público”, estas han sido referidas por el OSD como aquellas derivadas del artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁰⁷

Teniendo en cuenta los criterios derivados de la Convención de Viena, se aplicaran los mismos a la interpretación del concepto de productos similares del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, pretendiendo determinar cuáles son aquellos elementos propios de la interpretación en derecho internacional, que el OSD debería eventualmente tener en cuenta para una interpretación adecuada de “productos similares” bajo el Acuerdo OTC.

A. Artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC

El OSD tiene como finalidad resolver las disputas comerciales entre los Estados Miembros, tomando como derecho aplicable las normas existentes en los acuerdos abarcados en el marco de la OMC.¹⁰⁸ Por lo tanto, sus decisiones se ciñen a esta normatividad y sus actuaciones se encuentran reguladas por el “*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD)*”.

El ESD establece en su artículo 3.2 sobre disposiciones generales, que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación deben “*aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.*”

¹⁰⁷ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Gasolina, pág. 19

¹⁰⁸ Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner. The Law and Policy of the World Trade Organization, Cambridge University Press, (2013) pág. 160.

De tal manera, el OSD se ha visto en la tarea de reconocer cuáles son aquellas normas de interpretación a las que refiere el artículo 3.2 del ESD, encontrando las mismas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁹ y de igual forma, ha reconocido las mismas como normas de derecho consuetudinario, en consecuencia, aplicables a la solución de disputas en la OMC de todos los miembros así no sean parte de dicha convención.¹¹⁰

Una vez identificadas las normas aplicables de interpretación por parte del OSD, es necesario analizar sus elementos para presentar una aplicación de los mismos al concepto de “productos similares” en el artículo 2.1 del OTC.

Es decir, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, servirán como fundamento para afirmar lo que se ha venido tejiendo a lo largo del texto, esto es, que la interpretación realizada por el OSD respecto de los productos similares en el artículo 2.1 del OTC, no es eventualmente la adecuada de acuerdo a los criterios de interpretación aplicables en la OMC.

B. Análisis del problema planteado a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Como se ha establecido previamente en el texto, la referencia a *normas usuales de interpretación del derecho internacional público* incluida en el artículo 3.2 del ESD hace alusión a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, por lo tanto es necesario analizarlos respecto de su aplicación al concepto de “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, teniendo en cuenta las interpretaciones dadas por el OSD, a fin de determinar ciertos elementos que

¹⁰⁹ Van Damme, Isabelle, Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body. The European Journal of International Law, Vol. 21 no. 3. (2010) pág. 608.

¹¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Gasolina, pág. 19; Informe del Órgano de Apelación, India – Patentes, párr. 46.

eventualmente podrían hacer parte de una interpretación adecuada del concepto bajo el Acuerdo OTC.

En primer lugar se realizará un análisis de acuerdo a la regla general de interpretación (artículo 31) de la Convención de Viena; en el cual se tendrá en cuenta los tres criterios de interpretación de acuerdo a la regla general, que son aplicables al concepto de productos similares, a saber: i) sentido corriente de la palabra “productos similares”; ii) el contexto del Acuerdo OTC; y iii) el Objeto y fin del Acuerdo OTC. Estos criterios analizarán desde su aplicabilidad, los argumentos esgrimidos por parte del OSD para interpretar en el mismo sentido que en el artículo III:4 del GATT los “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Estos criterios, que hacen parte de la regla general de interpretación, deben tomarse como parte de una sola norma, la cual debe aplicarse en conjunto para determinar el alcance de las disposiciones de un Acuerdo, y solo sí una vez realizado este ejercicio interpretativo el resultado es ambiguo o absurdo, podría entonces acudir a los medios de interpretación complementarios que incluye el artículo 32 de la Convención.¹¹¹

En el presente caso, como observaremos a continuación, consideramos que el resultado proveniente del ejercicio interpretativo de la regla general de interpretación (artículo 31) de la Convención de Viena, hace innecesaria la aplicación de los medios complementarios (artículo 32), dado que el alcance y entendimiento logrado sobre los “productos similares” del artículo 2.1 del OTC, una vez aplicada la regla general, es clara y razonable para el derecho internacional.

¹¹¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331, (1969). Artículo 32.

1. Regla general de Interpretación (Artículo 31)

De acuerdo a la Convención de Viena “*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”¹¹² De lo anterior se sigue que al momento de realizar un ejercicio interpretativo sobre un tratado en derecho internacional, se deben tener en cuenta tres escenarios armónicos¹¹³ entre sí para la interpretación: i) el sentido corriente de las palabras; ii) el contexto del tratado y; iii) el objeto y fin del tratado.

Previo a la interpretación de productos similares en concreto, es menester traer de nuevo a colación lo establecido por el Órgano de Apelación en el caso *Japón – Bebidas Alcohólicas* respecto de la interpretación del concepto “productos similares”:

*“...no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es "similar". El concepto de "similaridad" es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de "similaridad" se extiende y se contrae en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones del Acuerdo sobre la OMC. La anchura del acordeón en cualquiera de esos lugares debe determinarse mediante la disposición concreta en la que se encuentra el término "similar", así como por el contexto y las circunstancias existentes en cualquier caso dado al que sea aplicable la disposición.”*¹¹⁴

¹¹² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331, (1969). Artículo 31.

¹¹³ Según la CIJ en su opinión consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas, I.C.J. Reports, 1950 pág 8. “El sentido corriente de los términos no debe determinarse en abstracto, sino en el contexto del tratado teniendo en cuenta su objeto y fin.”

¹¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas Alcohólicas II* (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pág. 23

Teniendo en cuenta que las interpretaciones respecto de productos similares no pueden ser idénticas como lo ha reconocido el OSD¹¹⁵ y que para el momento de las controversias acá estudiadas no existía una interpretación sobre “productos similares” del Acuerdo OTC¹¹⁶. Este concepto requiere una interpretación acorde a los criterios mencionados en el artículo 31 de la Convención de Viena.

Para tal fin, procederemos a analizar los 3 elementos mencionados de la regla general de interpretación, a la luz de las particularidades del Acuerdo OTC; el concepto de productos similares; y la interpretación dada por el OSD en los 3 casos mencionados.

a. *Sentido corriente de la palabra “productos similares”*

El texto de los tratados aparece como el criterio más objetivo de interpretación, al ser en sí mismo una expresión auténtica de la voluntad de las partes¹¹⁷. Al aplicar este criterio al caso concreto encontramos que un diccionario inglés indica del término similar (like) lo siguiente:

*Having the same characteristics or qualities as some other [...] thing; of approximately identical shape, size, etc., with something else; similar.*¹¹⁸ (Que tiene las mismas características o cualidades que alguna otra [...] cosa; de forma, tamaño, etc., aproximadamente igual a los de alguna otra cosa; similar.)

Así las cosas, el sentido corriente de productos similares parece ser dado sobre un producto que comparte características idénticas o parecidas. Sin

¹¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas — Amianto, párr. 89.

¹¹⁶ Van den Bossche, Peter; Pré Vost Denise; Matthee Marielle. WTO Rules on Technicals Barriers to Trade, Maastricht Faculty of Law Working Paper (2005 – 2006), pág. 16.

¹¹⁷ Shaw, Malcolm; International Law, Cambridge University Press (2008). Pág. 932.

¹¹⁸ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, Lesley Brown (coordinador) (Clarendon Press, 1993), volumen I, página 1588. Es utilizado este diccionario mencionado en el caso CE – Amianto párr. 90, dado que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española brinda una definición insuficiente para los propósitos del presente texto.

embargo, este sentido corriente como ha sido reconocido por el OSD, deja abiertas varias cuestiones de interpretación¹¹⁹ entre las que se encuentran i) cuales son aquellas características que lo hacen similar; ii) cómo se determina el grado o la medida en que los productos deben tener características comunes para ser “productos similares”; y iii) quienes son aquellos indicados para juzgar la similitud de los productos, si los consumidores, los inventores u otros.¹²⁰

Por las anteriores razones, al ser el texto a interpretar por si solo insuficiente para identificar la expresión autentica de las partes del Acuerdo OTC, es necesario resolver los cuestionamientos interpretativos desde el contexto y el objetivo y fin del Acuerdo a interpretar.

b. Contexto del Acuerdo OTC

A pesar del reconocimiento por parte del OSD del contexto diferente que tiene el Acuerdo OTC al momento de interpretar los “productos similares”; tanto los Grupos Especiales, como el Órgano de Apelación se decantaron por la aplicación del test objetivo propio del GATT para determinar la similaridad entre los productos.

No obstante lo anterior, la acuciosa tarea por parte del Grupo Especial del caso de cigarrillos de clavo de olor, permite cuestionar a los primeros en cuanto reconocieron la diferencia contextual del Acuerdo OTC, pero nunca plantearon una interpretación acorde a la misma.

¹¹⁹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 153.

¹²⁰ Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas — Amianto, párr. 92.

En tal sentido, es necesario a partir del origen y naturaleza del Acuerdo OTC desvirtuar los argumentos esgrimidos por el OSD que desconocen el contexto del Acuerdo, sin necesariamente tachar los mismos de incorrectos, sino simplemente invitándolos a tomar en cuenta los elementos interpretativos aplicables de la Convención de Viena.

Desde el Acuerdo General de 1947, las discusiones relativas al comercio internacional han girado en torno al principio de arancelización del comercio¹²¹. Puesto que desde un principio las disputas comerciales han girado en torno a la eliminación de barreras arancelarias en pro de la liberalización del comercio y no sobre la implementación de obstáculos técnicos, reconocidos como barreras no arancelarias.¹²²

Lo anterior se sustenta en la conformación de un grupo de trabajo para que estudiara sólo los obstáculos técnicos, y en tal sentido surgió el “Código de Normas” de la Ronda de Tokio, reseñado en el texto¹²³. Este código, precursor del Acuerdo OTC, tuvo como eje central de discusión la justificación de los objetivos legítimos alegados por los Estados para la imposición de medidas regulatorias.

En consecuencia, el OSD en los 3 casos reseñados, erra en su interpretación, al establecer que *un análisis de similitud a la luz de una relación de competencia es independiente de la medida en litigio que se discuta bajo el Acuerdo OTC*¹²⁴, puesto que la supuesta independencia entre la relación de competencia alegada y la medida en litigio, es contraria al contexto del Acuerdo OTC.

¹²¹ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 22, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra (2003).

¹²² Informe sobre el Comercio Mundial (2012), Comercio y políticas públicas: Análisis de las medidas no arancelarias en el siglo XXI. Pág. 34 -224. Disponible en http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report12_s.pdf.

¹²³ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 22, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra (2003).

¹²⁴ *Ibíd.*

En vista que la intención de las partes del Acuerdo desde sus inicios (1947), ha sido la de atribuirle un significado especial a las medidas regulatorias tomadas por los Estados, y en tal sentido, comprobar la legitimidad de las mismas científicamente¹²⁵. Intención que no permitiría la independencia de un análisis de similitud entre los productos por un lado, y aquel que verse sobre los objetivos legítimos de las medidas cuestionadas, por el otro.

Ahora bien, el hecho antes mencionado del reconocimiento por parte del OSD de un contexto diferente del Acuerdo OTC respecto del GATT; acompañado de una interpretación de productos similares del artículo 2.1 del mismo Acuerdo, realizada bajo el contexto pertinente, e idéntica a aquella realizada normalmente bajo el artículo III: 4 del GATT, deslumbra aparentemente el desconocimiento por parte del OSD respecto de la naturaleza del Acuerdo interpretado.

Como se estableció previamente, el Acuerdo OTC es un desarrollo de la norma excepcional del GATT (Artículo XX)¹²⁶, en tal sentido, y debido a su especialidad dentro de los Acuerdo abarcados por la OMC, se constituye como una excepción a la norma general (GATT).

Así las cosas, el reconocimiento de un contexto específico del Acuerdo OTC, pero la interpretación del mismo bajo el contexto de la regla general (GATT), desconoce a todas luces el carácter excepcional y especializado que tiene éste Acuerdo.

De tal manera, la interpretación de productos similares en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, debe (como se hizo por parte del Grupo Especial de cigarrillos de clavo de olor) reconocer el contexto del Acuerdo, para así mismo interpretar sus disposiciones, teniendo en cuenta que el énfasis derivado de la intención de las partes son las justificaciones científicas de los objetivos legítimos que validan las

¹²⁵ Choi, Won-Mog. How more "likeness" in addressing technical regulations?, Society of International Economic Law, (2012) pág. 4.

¹²⁶ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 91.

medidas, así como su carácter excepcional y espíritu diferenciado respecto del Acuerdo General.

Es decir, un análisis de violación al Trato Nacional bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, debe, necesariamente tener en cuenta los objetivos legítimos de las medidas en disputa, respecto de cada uno de los elementos de su comprobación, tal como lo es la similitud de los productos.

c. Objeto y fin del Acuerdo OTC

Los argumentos esgrimidos por el OSD, respecto de la apropiada interpretación de los productos similares del artículo 2.1. del OTC, tomaron como medida uno de los objetivos explícitos en el preámbulo del Acuerdo como lo es la *promoción de los objetivos del GATT de 1994*¹²⁷. Sin embargo, esta interpretación sesgada desconoce el criterio teleológico que pretende la Convención de Viena bajo el criterio interpretativo del objeto y fin del tratado.

En efecto, el OSD ha reconocido el objeto y fin del Acuerdo OTC¹²⁸ como el establecimiento de un equilibrio entre, por un lado, la liberalización del comercio, como objetivo común a todos los Acuerdo de la OMC, y por otro lado, el derecho a una autonomía regulatoria de los Estados para adoptar reglamentaciones que promuevan objetivos legítimos.

En tal sentido, sí bien se reconoce la promoción de los objetivos del GATT como objetivo propio del Acuerdo OTC y de todos los Acuerdo abarcados de la OMC, éste reconocimiento no hace estrictamente necesario pensar que la interpretación bajo todos los Acuerdos abarcados deba ser la misma. Lo anterior, tomando en cuenta la sexta consideración del preámbulo del Acuerdo OTC, la cual establece:

¹²⁷ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. 108.

¹²⁸ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. 174.

*Reconociendo que **no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias** para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados...)*¹²⁹

Esta consideración, dentro del preámbulo del Acuerdo OTC, brinda perfectamente el equilibrio entre la liberalización del comercio y la autonomía regulatoria de los Estados, en tal sentido, reitera posturas afirmadas por el presente texto, en el entendido que el Acuerdo OTC no pretende cercenar el derecho regulatorio de los Estados, por el contrario, espera que en la aplicación de dichas regulaciones, los Estados tengan en cuenta los efectos científicamente demostrables para justificar sus objetivos legítimos.¹³⁰

A manera de colofón respecto de los objetivos legítimos, es necesario resaltar que la aproximación tomada por el Grupo Especial de cigarrillos de clavo de olor, si bien puede no ser perfecta, por lo menos, si se acerca a una interpretación que tiene en cuenta las *normas usuales de interpretación del derecho internacional público*, al pensar que el examen de similaridad debe estar permeado por el objetivo legítimo que justifique la medida, reconociendo así tanto el contexto, como el objeto y fin del Acuerdo OTC.

¹²⁹ Negrilla fuera del texto.

¹³⁰ *Ibíd.* Párr. 92 – 93.

2. Medios de interpretación complementarios (artículo 32)

Los medios de interpretación complementarios son aquellos a los que se podrá acudir “...para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”¹³¹

No obstante, es evidente que la interpretación del concepto de “productos similares” del artículo 2.1 del OTC acorde a la regla general de la Convención de Viena es clara y razonable, por lo cual, la utilización de medios complementarios de interpretación se hace innecesaria.

Eventualmente, si el OSD en un pronunciamiento sobre los “productos similares” del Acuerdo OTC, realiza una interpretación acorde a la regla general remitida por el artículo 3.2 del ESD, sería innecesaria la aplicación de analogía u otro criterio interpretativo complementario. Por lo tanto, la interpretación dada en los casos Estados Unidos – Cigarrillos de Clavo de olor, Estados Unidos – Atún II y Estados Unidos – EPO, al interpretar de la misma manera dos disposiciones incluidas en Acuerdos que tienen contexto, objeto y fin diferentes entre sí es posiblemente la aplicación incorrecta de los criterios interpretativos de la OMC.

¹³¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331, (1969). Artículo 32.

V. CONCLUSIONES

El concepto de productos similares en el marco de la OMC, juega un papel fundamental en la identificación de medidas que vulneran el principio de no discriminación (trato nacional y nación más favorecida). Por lo tanto, su interpretación y alcance, acompañada de los elementos restantes, puede determinar la existencia de una violación a las normas de los Acuerdos abarcados de la OMC.

A pesar de interpretaciones previas por parte del OSD, al concepto de “productos similares” en disputas comerciales en el marco del GATT, éste nunca se vio enfrentado al reto de interpretar dicho concepto bajo el Acuerdo OTC.

En tal sentido, el OSD tuvo la oportunidad de brindar una interpretación novedosa para los “productos similares” en el OTC; que estuviera de acuerdo con la *normas usuales de interpretación del derecho internacional público* y que enviara un mensaje de continuo desarrollo interpretativo para el derecho internacional.

No obstante, el OSD optó en los casos Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, Estados Unidos – Atún II y Estados Unidos – EPO, por interpretar los “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, de una manera muy parecida a la empleada bajo el artículo III: 4 del GATT. Esto es, aplicando únicamente los criterios objetivos de similitud que denotan una relación de competencia entre los productos.

Sin embargo, el Grupo Especial del caso de cigarrillos de clavo de olor, realizó en primera instancia, una interpretación diferente a la planteada anteriormente. En el sentido, que interpretó el análisis de similitud de los productos, permeando el mismo con el objetivo legítimo que buscaba la medida regulatoria, y por lo tanto, analizó cada uno de los criterios objetivos a la luz del objetivo legítimo de salud pública.

Estas dos posturas interpretativas, adoptadas por parte del OSD, referían necesariamente a cuestionamientos acerca de la adecuada interpretación del concepto de productos similares en el Acuerdo OTC.

Por lo tanto, al acudir a los criterios interpretativos de la OMC, enmarcados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hemos podido dilucidar algunos elementos propios de la interpretación del Acuerdo OTC, que eventualmente podrían ser utilizados por el OSD en acercamientos tendientes a resolver la similitud de los productos en una disputa en el marco de este Acuerdo.

Teniendo en cuenta, que el sentido corriente de la palabra “productos similares” no brinda un entendimiento suficiente acerca de la voluntad de las partes para el entendimiento de este concepto, es necesario resaltar aquellos elementos propios del contexto, objeto y fin del Acuerdo OTC, con el propósito de realizar posiblemente interpretaciones más acordes con las *normas usuales de interpretación del derecho internacional público*.

El hecho que el Acuerdo OTC, tenga por origen las disposiciones establecidas en el “Código de Normas” de 1979, y que desde ese entonces la discusión girara entorno al objetivo legítimo de los obstáculos adoptados por los Estados, así como la naturaleza excepcional de este Acuerdo, derivada del artículo XX del GATT, hacen necesaria una interpretación diferente a la utilizada comúnmente bajo el GATT de 1994.

Así las cosas, una interpretación de “productos similares” del Acuerdo OTC, debe ser más restrictiva que aquella aplicada en el Acuerdo general, puesto que al tratarse de una excepción, deben observarse detenidamente los objetivos legítimos alegados por los Estados y estos deben preferiblemente permear el análisis de similitud al momento de calificar los productos afectados.

Esta situación, favorece el equilibrio identificado como objeto y fin del Acuerdo, puesto que permite el ejercicio de la autonomía regulatoria de los Estados, y a la vez asegura el cumplimiento del objetivo de liberalización del comercio, con la no imposición de obstáculos innecesarios.

En vista de lo expuesto, la interpretación brindada por el OSD para el concepto de “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, eventualmente puede no ser la más adecuada de conformidad con los criterios de interpretación de la OMC, y debería eventualmente, tomar como punto de partida para la interpretación del concepto de productos similares, o cualquier otro término de los Acuerdos abarcados de la OMC, los criterios interpretativos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con el propósito de brindar interpretaciones acorde a la voluntad de los Estados parte de la OMC.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) (12 de abril de 1979)1186 UNTS 276.

Choi, Won-Mog. How more “likeness” in addressing technical regulations? Society of International Economic Law, (2012)

Código de normas sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (1979). Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/tokyo_tbt_s.pdf.

Condon, Bradly; La Interpretación del Derecho de la OMC y su efecto en los sistemas jurídicos nacionales. Disponible en http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_interpretacion.pdf

Conferencia sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 22, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra (2003).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331, (1969).

Diccionario de términos de comercio, disponible en http://www.sice.oas.org/dictionary/GT_s.asp.

Group (3) “Some aspects of the applicability of the draft code on standards to agriculture” Octubre 8 de 1974. MTN/3E/W/26.

Group on Environmental Measures and International Trade, 17 de Enero de 1994. TRE/W/21

Howse and DH Regan 'The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy' (2000) 11 EJIL 249–89.

Hudec, Robert. "Like Product": The differences in meaning in GATT Articles I and III, University of Michigan Press, (2000).

Hudec, Robert. GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test. *The International Lawyer* 32 (3), pág 619 – 649, (1998).

Informe adoptado por las partes contratantes, Brasil - Impuesto internos, BISD II/181, 27 de Junio de 1949. Disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/49inttax.pdf

Informe del Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, IBDD 18S/106

Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), WT/DS384/R (18 de noviembre de 2011)

Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R (2 de septiembre de 2011)

Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Medidas que afectan las bebidas alcohólicas y derivadas de la Malta, BISD 39S/206, 270–71 (1992).

Informe del Grupo Especial, Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, WT/DS381/R (15 de septiembre de 2011),

Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999.

Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R, 12 de marzo de 2001

Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor WT/DS406/AB/R (4 de abril de 2012).

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996

Informe del Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998

Informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas Alcohólicas II (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R

Informe sobre el Comercio Mundial (2012), Comercio y políticas públicas: Análisis de las medidas no arancelarias en el siglo XXI. Disponible en http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report12_s.pdf.

McGivern, Brendan. The TBT Agreement meet the GATT: The appellate body decision in USA –Atún II (México). *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 7 (9), (2012).

Ming Du, Michael. Domestic Regulatory Autonomy under the TBT Agreement: From non-discrimination to Harmonization. *Chinese Journal of International Law*, Vol 6 (2), pág 269 – 306, (2007).

Pieróla, Fernando. The treatment of “likeness” and a new rejection of the “Aim and Effects” test in US – Clove Cigarettes. *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 7 (7&8), (2012).

Qureshi, Asif H. *Interpreting WTO Agreements problems and perspectives*. Cambridge University Press, 2006.

Rosler, Frieder; *Diverging Domestic Policies and Multilateral Trade Integration*, MIT press Cambridge (1996)

Shaw, Malcolm; *International Law*, Cambridge University Press (2008).

Stoll and F Schorkopf *WTO: World Economic Order, World Trade Law* (Nijhoff Leiden 2006)

Technical regulations and Standards as unnecessary Obstacles to Trade in the Agreement on Technical Barriers to Trade, Submission by Canada, Mayo 8 de 1990. MTN/GNG/NG8/W/77.

Van Damme, Isabelle, Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body. *The European Journal of International Law*, Vol. 21 no. 3. (2010)

Van den Bossche, Peter; Pré Vost Denise; Matthee Marielle. WTO Rules on Technicals Barriers to Trade, Maastricht Faculty of Law Working Paper (2005 – 2006).

Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner. The Law and Policy of the World Trade Organization, Cambridge University Press, (2013)

Voon, Tania. The WTO appellate body outlaws discrimination in U.S. flavoured cigarette ban. American Society of International Law, Vol. 16 (15), (2012).

Zhou, Weihuan. US - Clove Cigarettes and US – Atún II (Mexico): Implications for the role of regulatory purpose under article III:4 of the GATT. Journal of International Economic Law 15 (4), pág 1075-1122, (2012).

Zleptnig, Stefan; Non-economic objectives in WTO law / justification provisions of GATT, GATS, SPS, and TBT agreements. Martinus Nijhoof Publishers (2010)