
LAS “NORMAS PRIVADAS” SOBRE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS Y EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

Análisis jurídico de su legitimidad a la luz del principio de integración sistémica

MARÍA AMELIA DE LEÓN DELGADO, VERÓNICA MIRANDA LAKATOS Y
CÉSAR AUGUSTO LLONA SILVA

ABSTRACT

El objeto de la presente Tesis de investigación, es analizar la legitimidad de las “normas privadas”¹ que imponen regulaciones al comercio internacional en materia sanitaria y fitosanitaria, frente a las reglas y principios del Derecho Internacional y del Sistema Multilateral de Comercio.

Se evaluará además, en qué medida el marco normativo indicado, y específicamente el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, proporcionan base jurídica suficiente para condicionar o limitar el accionar privado en dicha materia.

Finalmente, se analizará la posibilidad de atribuir responsabilidad internacional a los Miembros de la Organización Mundial de Comercio por anulación o menoscabo de los derechos y obligaciones consagrados en el GATT y en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio.

A los efectos indicados, se utilizará como marco teórico, el estudio “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional”, elaborado por el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas² y el “principio de integración sistémica” como modelo o herramienta de análisis, aspectos que se describen en primer término.

En segundo lugar, se conceptualizarán y contextualizarán las normas privadas y se aportará un panorama general de su tratamiento en el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Adicionalmente, se presentarán como evidencia empírica dos casos de exigencias privadas que se imponen a importantes rubros exportables de la República Oriental del Uruguay planteadas en el ámbito del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

1 En el debate internacional, particularmente en el seno del Comité MSF, la expresión utilizada en inglés es “private standards”, lo cual es traducido como “normas privadas” en los documentos oficiales que recogen dichos debates, así como en publicaciones especializadas sobre la materia.

2 KOSKENNIEMI, M. 2006. A/CN.4/L.682. Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, ONU.

En tercer lugar, se identificarán en el entorno normativo, las reglas y principios aplicables para el análisis y evaluación de la situación planteada, abordando los derivados del derecho internacional económico, del derecho del comercio internacional y del derecho internacional general.

En cuarto lugar, se profundizará el análisis jurídico considerando particularmente, los principios y reglas de interpretación previstos en la Convención de Viena, los derechos y obligaciones consagrados en el Acuerdo MSF y las disposiciones en materia de implementación previstas en su artículo 13.

En quinto lugar, se presentarán las posibles vías de acción y recursos jurídicos a disposición de los Estados Miembros para evitar la proliferación de estas “normas privadas” como instrumento regulador de facto al comercio internacional y limitante del ingreso o acceso a los mercados.

Finalmente, tras contrastar las hipótesis planteadas, se formularán las conclusiones y reflexiones finales.

INTRODUCCIÓN

La conclusión de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales constituyó un hito histórico en el desarrollo del derecho internacional económico, en la organización institucional y normativa del sistema multilateral de comercio derivada de la creación de la Organización Mundial del Comercio y de los acuerdos alcanzados con el objeto de ampliar las reglas y disciplinas a prácticamente la totalidad de los aspectos vinculados al comercio, así como sustentarlas en principios de previsibilidad, no discriminación mediante la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida y de Trato Nacional, competitividad, defensa la competencia libre, leal y sin distorsiones y, trato especial y diferenciado a los países en desarrollo y menos adelantados.

El propósito primordial del sistema es ofrecer a los actores y agentes tanto públicos como privados, que intervienen en el comercio internacional, un marco jurídico transparente, estable y previsible³, en el que además se eliminen obstáculos injustificados al comercio internacional, permitiendo que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible⁴.

En ese sentido, tanto el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (o Acuerdo MSF), como el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (o Acuerdo OTC), que disciplinan las normas acordadas para el comercio en sus respectivos ámbitos de aplicación e integran la categoría de acuerdos de la OMC que refieren a medidas no arancelarias, tratan de garantizar que la utilización de las mismas se efectúe con mínimos efectos sobre el comercio.

3 Sitio de la OMC. En: <http://www.wto.org/>

4 El preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio señala como objetivos fundamentales del sistema, entre otros, los de elevar los niveles de vida a través de la utilización óptima de los recursos mundiales; así como el de lograr que los países en desarrollo logren del incremento del comercio internacional los recursos necesarios para su desarrollo económico.

En efecto, las medidas no arancelarias que los gobiernos deciden adoptar para alcanzar objetivos de política pública (protección de la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservación de los vegetales), generan como consecuencia natural y legítima, intervenciones sobre el comercio y lo importante es, en tal sentido, contar con reglas que encuadren su elaboración y aplicación.

El Acuerdo MSF, al tiempo que consagra el derecho que tienen los Miembros a adoptar y aplicar medidas sanitarias y fitosanitarias, establece un conjunto de reglas que pretenden evitar la aplicación discriminatoria, arbitraria o injustificada de dichas medidas. Vale la pena recordar que las preocupaciones en torno a este último aspecto, comenzaron a manifestarse con fuerte impulso por parte de países agroexportadores, desde el inicio de la negociación de la Ronda Uruguay del GATT.⁵ En efecto, especial énfasis pusieron estos países, en la necesidad de regular las medidas sanitarias y fitosanitarias y adoptar un enfoque basado en reglas, sobre criterios científicos y principios tales como el de transparencia, equivalencia, análisis de riesgo, regionalización entre otros, que resultaron luego plasmados a texto expreso en el Acuerdo MSF.

La armonización internacional es, asimismo, un aspecto especialmente considerado en el Acuerdo MSF que alienta a los miembros a basar sus medidas en las normas, directrices y recomendaciones de organizaciones internacionales⁶ reconocidas como referencia en la materia, lo que claramente refleja la preocupación y el interés en cuanto a generar un marco normativo coherente recurriendo a una estrategia de remisión que no sólo reconoce y prioriza la especialidad técnica sino que además, contribuye a evitar la generación de fenómenos fragmentarios de índole sustantivos.

En forma paralela, y al margen de la normativa internacional que reseñamos sucintamente en los párrafos anteriores, surgieron otras normas que también incluyen medidas sanitarias y fitosanitarias y que son elaboradas en espacios transnacionales globalizados, que tienen como emisores a empresas, grupos de empresas, organizaciones e instituciones privadas y que se aplican en el contexto de transacciones comerciales internacionales.

Si bien podemos plantearnos que esta realidad es manifestación de un suceso más global que caracteriza el desarrollo de las relaciones económicas internacionales en los tiempos presentes y que se traduce entre otros aspectos, en la proliferación de ámbitos privados de producción normativa y en la internacionalización de la actividad económica; lo cierto es que el entramado normativo que producen actúa para el caso objeto de nuestro estudio, sobre materias de relevancia económica para los países y sus sectores exportadores.

5 Resulta ilustrativa al respecto, la lectura de la Declaración de Punta del Este mediante el cual se produce el lanzamiento de la Ronda Uruguay, en tanto no solo plasma el reclamo de una mayor liberalización del comercio y la inclusión de las negociaciones agrícolas sino un mayor disciplinamiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias para reducir al mínimo los efectos desfavorables que pueden tener en el comercio de productos agropecuarios.

6 La Comisión del Codex Alimentarius en materia de inocuidad de los alimentos; la Organización Internacional de Epizootias en materia de sanidad animal y zoonosis; la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria en materia de sanidad vegetal y protección fitosanitaria y; en lo que refiere a cuestiones no abarcadas por dichas organizaciones, la recomendaciones y directrices promulgadas por otras organizaciones internacionales competentes en la que participen todos los Miembros y que sean identificadas por el Comité MSF. A la fecha, no se han identificado otras organizaciones que las nombradas en primer término.

En efecto, todo parece indicar que dichas normas, llamadas “normas privadas” en el contexto de los debates que se han producido en el ámbito del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (o Comité MSF)⁷, se estarían transformando de facto en virtud de su proliferación y generalización, en restricciones adicionales sobre materias reguladas por el acuerdo MSF, lo que implica que el ingreso o acceso a un determinado mercado no sólo quede supeditado al cabal cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas a nivel gubernamental, sino además, al cumplimiento de tales normas privadas en función del poder de mercado de quienes las imponen.

Las cuestiones señaladas ponen de relieve la importancia de abordar en términos jurídicos el problema, identificar, analizar y evaluar la interrelación entre esa normativa trasnacional privada con las disciplinas pertinentes del Sistema Multilateral del Comercio y específicamente, del Acuerdo MSF centrándonos en los ámbitos y en las normas de carácter sanitario y fitosanitario, sin abordar ni prejuzgar en torno a la oportunidad, conveniencia o legitimidad de otras materias sujetas también a dicha producción normativa privada, aspecto que ameritaría un enfoque y abordaje particulares.

Objetivos del Estudio de Investigación

Partiendo de las preocupaciones comerciales específicas que han sido planteadas por los Miembros de la OMC ante el Comité MSF, nos proponemos como objetivo general del presente trabajo de investigación, analizar la legitimidad de las “normas privadas” que imponen regulaciones al comercio internacional en materia sanitaria y fitosanitaria, frente a las reglas y principios del Derecho Internacional y del Sistema Multilateral de Comercio.

Específicamente, pretendemos dilucidar si dicho contexto normativo y particularmente el Acuerdo MSF, ofrecen base jurídica suficiente para condicionar o limitar el accionar privado en materia sanitaria y fitosanitaria y consecuentemente, encauzar y controlar la emisión oficiosa de normas motivadas en intereses que surgen fuera del ámbito de producción normativa del Estado céntrico tradicional.

Se analizará asimismo, la posibilidad de atribuir responsabilidad internacional a los Miembros de la Organización Mundial de Comercio por anulación o menoscabo de los derechos y obligaciones consagrados en el GATT y en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, identificando posibles cursos de acción y los recursos jurídicos disponibles en el marco del sistema multilateral del comercio.

Relevancia del Estudio de Investigación

La relevancia del presente trabajo de investigación radica, en primer término, en que aborda desde una perspectiva jurídica, el análisis de una situación fáctica que se produce en el contexto de las relaciones económicas internacionales que es percibida por los países miembros de la OMC, agencias especializadas y operadores de comercio internacional,

⁷ El Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias es el órgano de Administración del Acuerdo MSF, lo integran todos sus Miembros y constituye un foro en el que pueden plantearse preocupaciones comerciales específicas sobre cuestiones sanitarias y fitosanitarias, entre otros aspectos que desarrollaremos con mayor profundidad en nuestro trabajo.

como un obstáculo de creciente importancia a los niveles de acceso alcanzados para concretar la exportación de productos agroalimentarios a distintos mercados internacionales.

Si bien la problemática planteada ha venido ganando espacio de discusión en la agenda multilateral, no se han logrado avances que permitan vislumbrar una solución a corto plazo siendo además pocos los estudios jurídicos realizados sobre la materia específica objeto del presente trabajo.

Hemos considerado en tal sentido, que un abordaje estrictamente jurídico de la cuestión podría no solo brindar algunos elementos adicionales para avanzar en las discusiones multilaterales, sino que además, permitiría enfocarlas desde una perspectiva descontaminada de connotaciones relacionadas con distintos enfoques económicos o estrategias de acción estatal que algunos países desarrollan en esos ámbitos.

Adicionalmente consideramos que, como resultado del análisis, podríamos aportar elementos para un enfoque alternativo al campo de estudio de la Fragmentación del Derecho Internacional que constituye por excelencia, según P.M Dupuy (2000), el debate doctrinal de la era de la globalización⁸. En este sentido, hemos valorado y acompañamos la postura del Dr. Alejandro Rodiles (2009), en cuanto a que la conclusión de los trabajos sobre fragmentación por parte de la Comisión de Derecho Internacional, no agotó el debate y a la fecha. “(...) *la discusión sigue dividiéndose entre quienes ven en ella un riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional, y aquellos quienes hablan de un fenómeno acorde a los tiempos que vivimos, que permite al Derecho Internacional responder de manera más enfocada a los nuevos riesgos globales*”.

Hipótesis

A continuación se plasman y se describen las Hipótesis del presente trabajo de investigación:

H1 Las “normas privadas” bajo análisis son en esencia, medidas sanitarias y fitosanitarias conforme a lo previsto en el Acuerdo MSF⁹, y su imposición al comercio internacional, genera conflictos e impactos que pueden resolverse a la luz del principio de integración sistémica.

H2 Las “normas privadas” de carácter sanitario y fitosanitario elaboradas, adoptadas e impuestas al comercio internacional, no son compatibles con las reglas y principios del derecho internacional económico, en particular con el sistema multilateral del comercio y el Acuerdo MSF de la OMC, ni resultan legitimadas en la medida que lo contravengan.

H3 Los acuerdos que componen el sistema multilateral de comercio, particularmente el Acuerdo MSF, ofrecen una base jurídica legítima y suficiente para limitar, en territorio

⁸ Cf. P.M Dupuy, que fue uno de los publicistas que inició el debate académico actual con su curso “L’unité de l’ordre juridique international” dictado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya en el año 2000, oportunidad en la que sostuvo que “la question de la fragmentation du droit international constitue par excellence le débat doctrinal à l’ère de la globalisation”. RODILES, Alejandro, La Fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 9, pág.Enero 2009.

⁹ De acuerdo a su contenido más no en su proceso de elaboración y aprobación.

de los Miembros, la elaboración, adopción e imposición de medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel privado.

H4 El Acuerdo MSF permite fundamentar la atribución de responsabilidad a los Miembros de la OMC por anulación o menoscabo de sus obligaciones y de los beneficios de acceso garantizados por el sistema multilateral de comercio.

Metodología

La investigación, en cuanto al diseño, fue del tipo no-experimental (*ex post facto*)¹⁰. Al respecto, la información necesaria para realizar el análisis jurídico para comprobar las hipótesis formuladas a partir del modelo teórico, es obtenida del estudio de normas; del análisis de contenido de actas e informes; y de otras fuentes de información secundaria.

En primer lugar, se sistematizó la información relacionada a los compromisos asumidos por los Miembros de la OMC en materia de elaboración, adopción e imposición de medidas sanitarias y fitosanitarias en el ámbito del sistema multilateral de comercio y el tratamiento de las “normas privadas” objeto de estudio, en el marco del Comité MSF de la OMC que nos permitiera contar con mayores elementos de juicio para su contextualización.

En segundo lugar, a los efectos de delimitar el contenido, características y alcance de la imposición de “normas privadas” en materia sanitaria y fitosanitaria, se identificaron casos de estudio utilizando información secundaria que nos proporcionara a su vez, evidencia empírica concreta.

En tercer lugar, sobre la base de lo anterior, y evaluada la información previamente sistematizada, se efectuó el análisis jurídico utilizando la progresión del razonamiento jurídico de interpretación expuesto por el destacado jurista Max Huber¹¹ citado en el Estudio de la Comisión de Derecho Internacional expuesto en el marco teórico de este trabajo.

Del análisis de las actividades llevadas a cabo por el Comité MSF y la evaluación jurídica de la responsabilidad de los Miembros en el disciplinamiento de las MSF, se determinaron las posibles vías de acción en dicho Comité, así como los recursos jurídicos disponibles.

Por último, tras contrastar las hipótesis planteadas con los resultados de los desarrollos efectuados a lo largo de la investigación, se extrajeron las conclusiones y se efectuaron las reflexiones finales.

¹⁰ La expresión “*ex post facto*” significa “después de hecho”. Primero se produce el hecho y después se analizan las posibles causas y consecuencias. Se trata de un tipo de investigación en donde no se modifica el fenómeno o situación objeto de análisis. BERNARDO, J., Y CALDERO, J.F. (2000). Investigación cuantitativa (4); Métodos no experimentales. En J. BERNARDO, Y J.F. CALDERO, *Aprendo a investigar en educación* (77- 93). Madrid: RIALP, S.A

¹¹ Max Huber tuvo una prestigiosa y reconocida trayectoria como Juez de la Corte Permanente de Justicia entre otros ámbitos jurídicos de relevancia internacional.

Plan de Estudio

El presente trabajo de investigación, se divide en seis Capítulos y a los efectos de facilitar su lectura, cada uno contiene sus respectivas conclusiones.

El **Capítulo I** desarrolla el marco teórico utilizado y se compone de dos secciones: en la primer sección se aborda el fenómeno de la Fragmentación del derecho internacional a nivel general, efectuando una breve descripción del panorama doctrinario en esa materia, se presenta el Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional” y se desarrollan la técnicas de razonamientos jurídico para interpretar y resolver conflictos normativos derivados de dicho fenómeno. En la segunda sección, se efectúan algunas consideraciones sobre el campo de estudio y se describe el modelo de análisis a utilizar, basado en la relación del derecho con su entorno normativo en aplicación del Principio de Integración Sistémica consagrado en el Artículo 31 Literal c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El **Capítulo II** contiene una evaluación inicial en relación a las “normas privadas” y se divide en tres secciones: en la primera, se contextualiza y conceptualiza la expresión “norma privada” y su naturaleza jurídica, aspectos que son primordiales para el análisis. En la segunda sección, se aborda el tratamiento de las “normas privadas” en el ámbito del Comité MSF; mientras que en la tercera sección, se presentan como evidencia empírica, exigencias privadas que se imponen a importantes rubros exportables de la República Oriental del Uruguay.

El **Capítulo III** identifica el entorno normativo analizando las reglas y principios que podrían ser aplicables a la situación planteada. Se compone de tres secciones: la primera sección, aborda las reglas y principios de derecho internacional económico y específicamente, del Sistema Multilateral del Comercio con especial referencia a los del GATT, el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC. La segunda sección desarrolla las reglas y principios del derecho del comercio internacional regulatorio de las transacciones comerciales internacionales, sus fuentes de producción normativa y los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación. La tercera sección, identifica las reglas y principios del derecho internacional general.

El **Capítulo IV** se centra en la progresión del razonamiento jurídico de interpretación analizándose legitimidad de las normas privadas frente al Acuerdo MSF como norma especial aplicable y la voluntad de las partes en las cláusulas específicas de dicho Acuerdo. Se compone de dos secciones, en la primera, se evalúan las “normas privadas” frente a los derechos y obligaciones básicas consagradas en el Acuerdo MSF. En la segunda sección, se aborda particularmente el alcance y contenido del Artículo 13 y la responsabilidad de los Miembros en dicho marco.

En el Capítulo V se identifican las alternativas, no excluyentes entre sí, para limitar la proliferación de “normas privadas” y se analizan los recursos jurídicos que podrían hacer contrarrestar dicha situación.

En el **Capítulo VI** se contrastan las hipótesis de investigación y se formulan las conclusiones y reflexiones generales de la investigación.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Fragmentación del Derecho Internacional

Con el fin de la Guerra Fría, simbolizado con la caída del Muro de Berlín en noviembre de 1987, se intensificó a nivel mundial un proceso económico, tecnológico, social y cultural, caracterizado por una creciente interdependencia entre los distintos países, tendiente a la unificación de sus mercados, sociedades y culturas a través de una serie de transformaciones, denominado globalización. Desde el punto de vista jurídico, esta realidad ha implicado un creciente número de campos regulados por el derecho internacional conformando entre otros, el derecho penal internacional, el derecho comercial internacional, el derecho mercantil, el derecho del mar, el derecho ambiental, el derecho alimentario, cada uno con sus propios principios, disciplinas, estructuras e incluso y según los casos, con sus propios órganos internacionales y especialmente jurisdiccionales; aspectos todos que han producido la agudización de un fenómeno conocido como Fragmentación del Derecho Internacional.

Desde un punto de vista conceptual, por fragmentación del Derecho Internacional se entiende precisamente, la diversificación que se produce en esta rama del derecho con motivo de la proliferación de instituciones y regímenes especiales normativos sumamente especializados dotados generalmente, de un importante grado de autonomía y que suelen entrar en conflicto con el derecho internacional general y sus instituciones y a su vez; generan distintas respuestas frente a una misma situación conflictiva según sea el órgano jurisdiccional elegido. (Rodiles, 2009: Pág. 377). Ambos aspectos han llevado a la doctrina a distinguir la fragmentación sustantiva para referirse a los conflictos normativos y fragmentación institucional para referirse a la que se genera por la multiplicidad de órganos jurisdiccionales de los cuales pueden derivar dictámenes contrapuestos sobre una misma materia.

Si bien parecería existir cierta coincidencia a nivel doctrinal en relación a la conceptualización que acabamos de efectuar en el párrafo anterior, los alcances del fenómeno, los riesgos u oportunidades que del mismo derivan y las soluciones que se proponen para posicionarse ante él; no dejan de estar exentos de perspectivas y opiniones diferentes.

Mientras los partidarios del constitucionalismo del derecho internacional consideran que la fragmentación realmente plantea serios riesgos derivados de la ausencia de jerarquías normativas y ven consecuentemente, en el fortalecimiento de la jerarquía la solución al problema; los partidarios del pluralismo jurídico, partiendo de la base de que la fragmentación no es más que un reflejo de la “diferenciación funcional” de la sociedad global que el derecho no puede frenar, nos hablan de un derecho global plural que abarca tanto mecanismos tradicionales interestatales como horizontales transnacionales y por ende, consideran que la formalidad y rigidez legal restarían expresión a la pluralidad de los diversos regímenes transnacionales.

Un enfoque particular sobre el fenómeno de la fragmentación, lo efectúan Eyal Benvenisti y George Downs (2010) quienes abordan el tema desde lo que parece ser una visión más práctica que teórica de la cuestión y que parte de la observación de la actitud o

de las acciones que realizan en distintos ámbitos de la comunidad internacional algunos actores de relevancia. De esa observancia, consideran los mencionados autores, que la fragmentación del derecho internacional responde a una estrategia de poder de países más poderosos que pretenden conservar el control internacional evitando o mitigando la coordinación de Estados. (Pág. 595)

Estos autores describen cuatro actitudes o acciones que consideran verdaderas tácticas de actuación de estos últimos a nivel internacional como partes del fenómeno de la fragmentación:

La primera, es recurrir a la celebración de acuerdos bilaterales a lo que llaman “bilateralismo en serie” en detrimento de las reglas multilaterales procurando evitar precisamente la coordinación que realizan los Estados menos poderosos en dichos ámbitos como forma de contrarrestar los intereses de los más poderosos.

La segunda estrategia de fragmentación consiste en crear acuerdos detallados en entornos multilaterales únicos, con pocas perspectivas de que sean renegociados o enmendados de manera significativa en un futuro próximo¹². Citando algunos Acuerdos de la OMC¹³, observan estos autores, que todos contienen disposiciones detalladas que los Estados poderosos dejan, estratégicamente para que sean interpretadas posteriormente. Agregan en tal sentido, que lo que queda por reglamentar se deja intencionalmente, relegado a instituciones semi – privadas de establecimiento de normas que los Estados más fuertes dominan y que se crean por el sistema, órganos y Comités que discuten varios de los aspectos de las reglas de la OMC que tienen una autoridad considerablemente reducida en comparación con la que tenían los órganos originales del GATT de 1947.

La tercer estrategia de supresión de la coordinación que emplean los Estados poderosos es evitar, cuando sea posible, la creación de órganos o judicatura con autoridad independiente y responsable de la elaboración de políticas o; circunscribir cuidadosamente su autoridad cuando su creación es inevitable.

La cuarta estrategia consiste en **apartarse totalmente de las instituciones abandonando los mecanismos formales de derecho internacional** en cuyos ámbitos se ven obligados a enfrentarse a difíciles y largas negociaciones.

Los autores identifican aquí cuatro tipos de situaciones: la coordinación informal a nivel intergubernamental, incluyendo, agencias gubernamentales que armonizan sus actividades mediante consultas informales y las ponen en práctica a través de sus autoridades bajo sus leyes nacionales; las instituciones no vinculantes que permiten a los gobiernos con intereses comunes, coordinar las actividades con otros Estados; joint ventures entre gobiernos y actores privados y por último; la delegación formal o de facto de competencias a instancias netamente privadas para establecer estándares por parte de actores privados en áreas donde los gobiernos han sido reacios a actuar o simplemente,

12 Refiriéndose a esta segunda estrategia, sostienen los autores ut supra citados que (...) “*In effect, this strategy transforms what is formally a repeated game into what for all practical purposes is a one-shot game.*” (...); *Ibidem*, Párrafo 2 Pág. 612.

13 El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT); el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y; el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual aplicados al comercio (ADPIC)

han preferido dejar que actores privados (incluyendo los *standard setting bodies*) se ocupen de eso, como por ejemplo, normas o estándares de seguridad.

Las preocupaciones en torno a esta realidad, comenzaron a ser tratadas sistemáticamente en la práctica por la doctrina y por diversos jueces de la Corte Internacional de Justicia quienes alertaban sobre los peligros que a su juicio podría implicar la agudización del fenómeno de la fragmentación, aspecto que como veremos seguidamente se vio reflejado en los primeros tratamientos efectuados en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional.

El panorama anteriormente indicado se complejizó a su vez, con el surgimiento de otras normas o regímenes impulsados por parte de otros actores, organizaciones o entidades nacionales e internacionales de naturaleza privada, agentes económicos, asociaciones de usuarios o grandes conglomerados empresariales que aplican sus propias normas en materias que, como veremos, son reguladas para el caso de estudio, por el derecho internacional económico.

Estas normas o regímenes, surgen frecuentemente de forma oficiosa, mediante la generalización de formas de conducta por parte de dichos actores a través de requerimientos de tipo contractual o por la aplicación de acuerdos alcanzados, incluso con carácter internacional por organizaciones de naturaleza privada (asociaciones de usuarios o de organizaciones, entre otras).

Si lo anterior puede ser visto según Fischer (2004), como un reflejo de la fragmentación multidimensional de la sociedad global, toda vez que responde a las necesidades e intereses de nuevos actores de la globalización, lo cierto es que trae aparejado un nuevo entramado normativo que se aplica a las transacciones comerciales, regulando determinadas disciplinas al margen de los acuerdos gubernamentales alcanzados a nivel internacional, particularmente en lo que refiere al sistema multilateral del comercio.

Cabe precisar que si bien el estudio que hemos elegido como marco teórico y que abordaremos seguidamente, no se refiere específicamente a la fragmentación derivada del surgimiento de esos otros regímenes de naturaleza privada, los identifica como parte del fenómeno de la fragmentación, aspecto que retomaremos en oportunidad de efectuar algunas consideraciones acerca de nuestro campo de estudio.

1.1.1 El Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU “Fragmentación del Derecho Internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”¹⁴

La fragmentación comenzó a ser tratada formalmente dentro del programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en el año 2000 y se generó un primer estudio inicial titulado “Riesgos Resultantes de la Fragmentación del Derecho Internacional”, que respondió inicialmente a la visión que se tenía acerca de que el fenómeno podía po-

¹⁴ KOSKENNIEMI, Martti.. 2006. A/CN.4/L.682. Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Ginebra : Comisión de Derecho Internacional, ONU.

ner en peligro la estabilidad y coherencia del derecho internacional y su alcance general. (Koskenniemi, M. 2006. Pág. 294-310).

Se enumeran siete causas del fenómeno según esta visión y que son consideradas como riesgo: falta de instituciones centralizadas para la elaboración de normas de derecho internacional público; la especialización que genera lo que los autores del informe denominan “autonomía temática”; la diferente configuración de normas jurídicas¹⁵; normativas paralelas para la regulación de una misma temática; competencia entre normativas¹⁶; la ampliación del ámbito de aplicación del derecho internacional; y, los diferentes regímenes de normas secundarias.

Sin embargo en el año 2002, se estableció un grupo de estudio que como primera medida sustituyó el título del estudio anterior por entender que presentaba al fenómeno con una connotación demasiado negativa, cuando en realidad también tiene aspectos positivos por las oportunidades que brinda ante el dinamismo de las nuevas realidades mundiales.

Este último enfoque fue el que prevaleció hasta la conclusión de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en el 2006, año en el que se presenta el informe final titulado “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”. (Koskenniemi, M. 2006)

Dicho informe, analiza los regímenes especiales que han ido surgiendo y su relación con el derecho internacional general centrándose en los problemas sustantivos como la aparición de “derechos especiales”, regímenes establecidos por tratados y grupos funcionales de normas y ramas especializadas del derecho internacional, y las relaciones entre esas normas con el derecho internacional general.

Con respecto a la creación de estas normas e instituciones especializadas, se indica que:

“El problema, a juicio de los juristas, es que esa legislación y creación de instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales derivadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho”. (Koskenniemi, M. 2006. Pág. 12).

Nos parece oportuno señalar sobre el particular, que si bien la situación transcrita sería, de producirse, una causa de significativa incidencia en la elaboración de normas inconsistentes que luego entren en conflicto; no creemos que pueda generalizarse ni que pueda plantearse que ello ocurre en todos los ámbitos de producción normativa. En efecto, y para citar un ejemplo, el Acuerdo MSF efectúa, un acertado reenvío a las orga-

15 Se sostiene que la desigual configuración de las normas jurídicas responde a que las normas en materia de Derecho Internacional corresponden a tres estructuras jurídicas: Derecho Internacional tradicional estructura que se compone de normas recíprocas bilaterales; la estructura que aborda las relaciones de los Estados con las personas, como por ejemplo, la protección de los Derechos Humanos; y, la estructura que aborda las obligaciones para con la comunidad de Estados como tal.

16 Las originadas por ejemplo entre las normas que regulan temas comerciales y los Acuerdos Medioambientales.

nizaciones o regímenes especializados en materia sanitaria y fitosanitaria, que si bien no asegura totalmente la ausencia de conflictos normativos, contribuye a minimizarlos al situar la armonización normativa bajo la responsabilidad de los organismos de referencia reconocidos.

Lo cierto es, que en las conclusiones generales del informe, se describe la fragmentación como un fenómeno derivado de la mundialización, que se manifiesta en la expansión e intensificación de redes globales de cooperación, con un alto grado de especialización técnica. Dichas redes desembocan en los regímenes especiales de derecho internacional *ut supra* citados, basados en tratados multilaterales especializados y constituciones de organizaciones internacionales. El resultado es la alta probabilidad de conflictos normativos entre dichos regímenes, así como entre ellos y el derecho internacional general.

Considerando dicho contexto, el informe se ocupa de los conflictos normativos y sus posibles soluciones, **entendiendo por “conflicto” toda situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema.** Las posibles soluciones se abordan en base a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, específicamente en los artículo 30 y 31, numeral 3 literal c), o sea, la norma conflictual *lex posterior* y el principio interpretativo de integración sistémica. Asimismo, y en buena medida, en la regla *lex specialis*, que si bien no se encuentra plasmada en la referida Convención, forma parte del derecho internacional, ya sea como costumbre o como principio general, y ha sido reconocida expresamente por la Corte Internacional de Justicia. Como técnica jurídica, la máxima *lex specialis* cobra una gran importancia en torno a los llamados “regímenes especiales”, aspecto medular en el debate sobre la fragmentación. (Rodiles, A. 2009)

Sin embargo, esos problemas son presentados en el estudio desde una perspectiva optimista dado que, como hemos indicado anteriormente, son vistos como resultados de la rápida expansión de la actividad jurídica internacional y como desafíos que pueden ser superados mediante normas conflictuales que nos indiquen, caso por caso, cual es el derecho aplicable y controlarse mediante la racionalización, diversificación y el control de técnicas.

En concordancia con lo anterior, una conclusión principal del informe ha sido que la aparición de regímenes especiales no ha socavado seriamente la seguridad jurídica y la previsibilidad del derecho. En ese mismo sentido, el Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y autor de las conclusiones del estudio, Martti Koskeniemi (2007); consultado¹⁷ sobre su apreciación sobre los efectos de una eventual incertidumbre jurídica provocada por esta fragmentación vis à vis una unificación normativa que podría, por otro lado, omitir características jurídicas o culturales de un país o un grupo de países; respondió en términos que reflejan una opinión bastante realista acerca del fenómeno de la fragmentación, sosteniendo que:

“La fragmentación surge de una diferenciación funcional en la esfera internacional. Es un reflejo de la creciente diversidad de actores, proyectos, intereses, etc., a nivel internacional. En este sentido, es un dato

¹⁷ En entrevista efectuada por Puente @ Europa en relación a algunos aspectos del estudio; reproducida en Puente @ Europa - Año V - Número 2 - Junio 2007 y disponible en <https://puenteeuropa.unibo.it/article/download/5215/4958>

de la realidad que debe ser reconocido. Por supuesto, la diversificación también tiene consecuencias políticas -algunos intereses aparecen en una posición destacada, otros (viejos) intereses se vuelven secundarios. No hay una respuesta para la cuestión de la naturaleza (buena o mala) de la fragmentación que sea independiente y objetiva. Para aquellos que ganan, es buena, para aquellos que pierden, no lo es. El hecho de que los juristas internacionalistas estén especialmente preocupados por el tema de la fragmentación refleja su (justificable) sensación de que ésta debilitará los intereses y preferencias que han apoyado tradicionalmente”.

1.1.2 Técnicas de razonamiento jurídico para interpretar y resolver conflictos normativos abordados en el informe de la CDI

El examen y solución de conflictos normativos forma parte del razonamiento jurídico en tanto proceso pragmático a través del cual, teniendo en cuenta las reglas y principios que podrían ser aplicables, se intenta armonizar normas aparentemente contrapuestas mediante su interpretación, o si ello resulta inadmisibile, establecer relaciones definidas de prioridad entre ellas. (Koskenniemi, M. 2006. Pág. 21).

La actividad interpretativa, permite atribuir un significado a una disposición normativa y contar con una base argumentativa lógica que fundamente el razonamiento jurídico. Conforme GARATE:

“El razonamiento jurídico, es una estructura de pensamiento que no solo incluye elementos de la lógica formal, sino también de la lógica dialéctica, lo que nos permite vislumbrar la necesidad de un análisis desde la Filosofía del Derecho como de la Teoría General del Derecho. Este tipo de razonamiento pretende alcanzar cierto grado de verosimilitud, al fundarse en argumentos retóricos que lo constituyen y estructuran. El proceso argumentativo se encuentra íntimamente relacionado con la interpretación normativa, porque se necesita comprender acabadamente el derecho, para luego encontrar criterios que fundamenten el razonamiento jurídico”. (2009: Pág. 194-215)

La averiguación de conflictos entre normas o de los sujetos jurídicos obligados por ella y su solución forman parte del proceso pragmático de razonamiento jurídico a través del cual los juristas interpretan y aplican la ley formal. Dicho proceso es sintetizado de la siguiente forma (Koskenniemi, M. 2006., Pág. 21 y ss.):

A) Búsqueda de Relaciones: Visión *prima facie* de la cuestión. Evaluación inicial de reglas y principios que podrían ser aplicables

Las normas jurídicas se relacionan con otras normas y no lo hacen aleatoriamente sino en tanto sistema de derecho comprensivo de decisiones, reglas y principios con las cuales comparten relaciones sistémicas. Todo acto de aplicación de la ley conlleva pasos previos que nos permite contar con una visión *prima facie* de la cuestión incluyendo, una evaluación inicial de las reglas y principios que podrían ser aplicables. En esta situa-

ción, si bien se suelen identificar normas que en principio pueden parecernos pertinentes, es necesario efectuar la elección y justificarla.

B) Armonización: Integración Sistémica

La tendencia en el derecho internacional es evitar o mitigar los conflictos por esta razón se afirma que “*Cuando un juez se encuentra ante dos acuerdos de voluntades divergentes, debe naturalmente inclinarse a buscar su coordinación más que consagrar su antagonismo*”. (Rousseau, C. 1932. Pág. 153). Cuando dos normas o principios apuntan en direcciones diferentes, la tarea del razonamiento jurídico consiste en establecer relaciones significativas entre ellos a fin de determinar si pueden aplicarse de una forma mutuamente corroborante. También, la armonización sistémica podría implicar vincular una norma poco clara con una finalidad, a los efectos de posicionarla dentro de algún sistema que justificara su aplicación.

C) Análisis de conflictos

La armonización tiene un límite. El mismo se da cuando las posiciones distan mucho entre sí, al existir choque de intereses que se manifiestan en el conflicto de normas especialmente cuando existe un tratado que enuncia claramente derechos u obligaciones para sujetos jurídicos. En ese caso se debería determinar si una norma o principio debe tener una prioridad definida sobre otra, basándose en el estudio de las posibles relaciones que pueden darse entre normas y principios jurídicos que intervienen en un determinado conflicto. De acuerdo a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, los tipos de relaciones que tradicionalmente se plantean en casos de conflictos normativos son entre el derecho especial y el derecho general; entre el derecho anterior y el derecho posterior; entre derechos de diferente rango jerárquico; **y entre el derecho con su "entorno normativo" más general.**

A su vez, las mencionadas relaciones pueden adquirir diversas formas. Por ejemplo, en cualquiera de los cuatro tipos de relaciones podría darse que, el derecho invalida otro derecho, por ejemplo, en el caso de las relaciones jerárquicas en las que interviene el *Jus Cogens*; el otro Derecho se deja de lado sólo temporalmente, cuando la prioridad es relativa; dos normas actúan de forma concurrente, apoyándose recíprocamente; o no hay conflicto. En el Cuadro 1 se resumen los Tipos de Relaciones entre normas y principios y las Formas de relacionamiento entre las mismas.

Tipos de relaciones entre normas y principios

derecho especial y el derecho general;
derecho anterior y el derecho posterior;
derechos de diferente rango jerárquico; y
derecho con su "entorno normativo" más general.

Formas de relacionamiento entre las normas

Derecho invalida otro Derecho, Relaciones jerárquicas en las que interviene el *Jus Cogens*.
El otro derecho se deja de lado sólo temporalmente – prioridad relativa.
Dos normas actúan de forma concurrente, apoyándose recíprocamente
No hay conflicto.

Figura 1: Tipos de relaciones entre normas y principios y formas de relacionamiento.

Fuente: Koskeniemi, M. 2006, A/CN.4/L.682, pág. 21.

Técnica de análisis de conflictos entre *lex specialis* y *lex generalis*

Esta técnica de análisis ofrece un marco para el debate de los conflictos que surjan cuando la “especialidad” o la “generalidad” de las normas en conflicto se convierten en un problema. Es una de las técnicas más usuales en la interpretación o análisis de conflictos normativos y se basa en el contraste entre la generalidad y la particularidad de las normas. De esta relación es posible distinguir tres tipos de conflicto en los que la fragmentación se presenta de manera diferente:

- **Fragmentación por interpretaciones opuestas de la ley general:** la situación se plantea cuando en diferentes ámbitos se efectúan interpretaciones opuestas de la normativa general. Cuando estos conflictos aparecen y se consideran un problema, no pueden ser sometidos a un sistema constitucional de revisión que culmine en una sentencia definitiva y por ende, sólo se pueden resolver con medios legislativos o administrativos, una nueva ley que resuelva el conflicto o coordinación a futuro de la jurisprudencia.
- **Fragmentación por la aparición de una ley especial como excepción a la ley general:** la situación se plantea cuando una institución adopta una decisión que se desvía de la forma de decidir situaciones similares por considerar que el caso no entra dentro de la ley general sino que constituye una excepción a la misma.
- **Fragmentación por diferenciación entre tipos de leyes especiales:** la situación es clara y en tal sentido basta con mencionar a título de ejemplo los debates que se vienen produciendo en la comunidad internacional en torno al comercio y el medio ambiente¹⁸ o el comercio y esas otras reglas que como veremos resultan aplicables al intercambio de productos agropecuarios como principales destinatarios de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias. El pronunciamiento del Órgano de Apelación de la OMC respecto al primero de los ejemplos nombrados, sugiere que el derecho del medio ambiente y el derecho mercantil pueden regirse por principios diferentes y la norma que se aplique dependerá de cómo se califique el caso a este respecto. (Koskeniemi, M. 2006. Pág. 32)

La función y el alcance del principio de *lex specialis*

Hay situaciones en que normas de Derecho Internacional igualmente válidas, en tanto forman parte del ordenamiento jurídico (válido), y aplicables, en el sentido de conferir derechos, obligaciones o facultades a un sujeto jurídico en una situación particular, tratan de distinto modo una misma materia. En dichas situaciones, la norma relativa a la *lex specialis* se presenta como una técnica de solución de conflictos según la cual se debe aplicar la norma específica en lugar de la norma general como regla de interpretación jurídica. Son importantes las conclusiones a las que se arriba en ese sentido en la medida

18 En el asunto Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 13 de febrero de 1998, párrafos 123 a 125, el Órgano de Apelación de la OMC, examinó la naturaleza del llamado “principio precautorio” en el marco del Acuerdo MSF y llegó a la conclusión de que fuera cual fuese el valor jurídico de ese principio en el derecho del medio ambiente, no había llegado a ser jurídicamente vinculante en la OMC.

que frente a acuerdos que son iguales, se debería conceder preferencia a la que resulte más específica y se aproxime más a la materia tratada puesto que las disposiciones especiales normalmente resultan más efectivas que las generales.

En conclusión, la doctrina en general acepta la *lex specialis* como norma de interpretación o técnica de solución de conflictos de carácter válido también en el derecho internacional público pero sin limitar su ámbito de aplicación al derecho de los tratados.

Regímenes autónomos o especiales

En sentido estricto, un régimen puede ser autónomo cuando se hace referencia a un *“conjunto especial de normas secundarias que establece las consecuencias del incumplimiento de determinadas normas primarias, incluso procedimientos para dicha determinación”*. (Koskeniemi, M. 2006. Pág. 73-83) En sentido amplio, un régimen es considerado autónomo cuando hablamos de *“cualquier grupo interrelacionado (conjunto, régimen, subsistema) de normas aplicables a un problema limitado, junto con las normas para la creación, interpretación, aplicación, modificación o extinción –en una palabra, administración- de esas normas”*. (Ibíd. Pág. 92)

Sin embargo, ningún régimen autónomo, más allá de la prioridad de la que intrínsecamente goza en su ámbito de especialización, puede interpretarse de manera aislada o desvinculada de su entorno normativo más general que resulta aplicable de manera subsidiaria ante fallas del mismo.

Jerarquía Oficiosa

Pese a no existir, de manera propiamente dicha, una jerarquía formal entre las fuentes del derecho internacional, como consecuencia lógica del razonamiento jurídico, **se genera lo que la Comisión de Derecho Internacional llama una “jerarquía oficiosa”** entre las mismas, por la cual *“el tribunal o jurista ha de consultar primero los tratados, después la costumbre y, por último, los principios generales del derecho para resolver un problema normativo”* (Ibíd. Pág. 52), siempre en función del grado de especialidad de las normas bajo análisis.

1.2 Consideraciones específicas sobre nuestro campo de estudio

1.2.1 El estudio de la CDI y las “Normas privadas”

Como hemos expresado en el numeral 1.1.1, el estudio de la CDI centra el análisis en los problemas derivados de la proliferación de regímenes establecidos por tratados y grupos funcionales de normas y ramas especializadas del derecho internacional, y las relaciones entre esas normas con el derecho internacional general.

En ese sentido, excluyó claramente el análisis exhaustivo de los conflictos derivados de normas privadas de regulación oficiosa surgidas y aplicadas en ámbitos transnacionales y sus efectos sobre el derecho internacional, incluidas en particular, la *lex mercatoria* (derecho mercantil). Sin embargo, y tal cual se expresa en el estudio indicado, nada

impide que la Convención de Viena y el Derecho Internacional puedan ser utilizados para encauzar la interrelación entre estas nuevas formas normativas o nuevos tipos de “derecho mundial” surgidos fuera del ámbito del derecho internacional Estado céntrico tradicional. (Koskenniemi, M. 2006. A/CN.4/L.682, párr. 490; pág. 285).

Rodiles (2009) sostiene, en opinión que compartimos, que la Comisión de Derecho Internacional si bien sugiere que estas nuevas formas normativas tienen características distintas a los demás regímenes especiales de derecho internacional que se abordan en el informe, lo relevante es que las ubica dentro del fenómeno de la fragmentación atribuyéndoles por ende, propiedades fragmentarias.

Agregamos a dicha consideración que por los motivos antes indicados, el estudio de la CDI elegido como marco teórico, nos brinda los elementos jurídicos apropiados para el tratamiento de la regulación privada en el marco del derecho internacional.

1.2.2 El aspecto sustantivo de nuestro campo de estudio

Como lo indicáramos brevemente en el numeral 1.1, la fragmentación del derecho internacional posee un aspecto institucional y un aspecto sustantivo.

El estudio del aspecto institucional centra su preocupación en la desviación de jurisprudencia y la elección de foro más favorable (“Forum shopping”), producto de la proliferación de órganos de aplicación, cortes y tribunales establecidos por diversos tratados, que hacen que los derechos y obligaciones de los sujetos jurídicos puedan depender del órgano de solución de controversias elegido; y considera importante la coordinación práctica, la jerarquía institucional y que los distintos tribunales judiciales y arbitrales internacionales tengan en cuenta su respectiva jurisprudencia (Pereira Fredes, E. 2011: Pág. 91-123).

Por su parte, el estudio del aspecto sustantivo objeto del informe de la CDI elegido como modelo teórico, centra el análisis en los conflictos normativos resultantes de la diversificación y especialización de regímenes normativos a los efectos de contribuir a la coherencia en cuanto a la aplicación de los mismos.

En ese sentido, se ha optado para el presente trabajo de investigación por dicho modelo que, dejando de lado el aspecto institucional de la fragmentación del derecho, analiza los aspectos sustantivos relacionados a la división del derecho en “marcos” sumamente especializados, lo que entendemos se adapta perfectamente al objeto de nuestro estudio.

En efecto, de acuerdo al objetivo que nos hemos planteado, corresponde que analicemos dos clases de normas, privadas y públicas, que aplicadas a una misma situación fáctica, indican maneras diferentes de abordar un problema técnico generando impactos al comercio internacional. En tal sentido, los aspectos institucionales vinculados a dicha producción normativa quedan excluidos de nuestro campo de estudio.

1.2.3 Las técnicas de razonamiento jurídico y nuestro campo de estudio

Como veíamos al abordar las técnicas de razonamiento jurídico que se analizan en el estudio de la CDI, los tipos de relaciones que tradicionalmente se plantean en casos de conflictos normativos (entendido en su sentido amplio) son entre el derecho especial y el derecho general; entre el derecho anterior y el derecho posterior; entre derechos de diferente rango jerárquico; y entre el derecho con su "entorno normativo" más general.

Teniendo en cuenta que el presente trabajo refiere a normas y también a actos que surgen en principio, al amparo de la autonomía de la voluntad en su sentido negocial y que se rigen por el derecho internacional privado, frente a disposiciones de derecho internacional público y particularmente, del régimen especial que representa el sistema multilateral de comercio de la OMC, las primeras dificultades surgen cuando intentamos establecer algún tipo de relación de índole jurídico entre ambas.

Al respecto, y a la luz del marco teórico elegido, cabría preguntarse: ¿qué tipo de relación o vinculación existe entre las normas de derecho internacional que regulan la elaboración y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias y las "normas privadas"?; ¿Podría existir alguna relación de tipo jerárquico o de prelación entre el derecho de la OMC, específicamente el Acuerdo MSF y dichas normas privadas?.

Entendemos que ambas clases de normas, funcionan en planos normativos distintos, léase, por un lado aquél plano en el cual se verifican las relaciones entre los Estados y por el otro, aquél en el cual se desarrollan las relaciones entre privados. De todas formas, ello no implica dejar de considerar, como lo hemos visto, que las normas jurídicas, se relacionan con otras normas y no lo hacen aleatoriamente sino en tanto sistema de derecho comprensivo de decisiones, reglas y principios con las cuales comparten relaciones sistémicas.

Sin desmedro de lo anterior, esta coexistencia de planos normativos pertenecientes a órdenes distintos, vuelve vano el intento de efectuar aproximaciones sobre la base de jerarquías normativas o razonamientos que intenten, por la vía de los principios de *lex specialis* o *lex posterior*, buscar relaciones de prelación basadas en cuestiones como la especialización o la anterioridad o posterioridad en el tiempo.

En función de lo anterior, consideramos que algunas de las técnicas de razonamiento jurídico para interpretar y resolver conflictos normativos que han sido detalladas precedentemente, no resultar pertinentes para el análisis de nuestro campo de estudio; aspecto que si bien no fue expresamente sustentado por la CDI, si parece advertirlo cuando sostiene que el examen de la medida en que la regulación privada surge fuera del ámbito del derecho internacional, requiere un estudio de diferente naturaleza y en tal sentido, consideramos que las interacciones no armoniosas entre ambos tipo de normas, pueden ser resueltas recurriendo al modelo de análisis que aplicamos a nuestro campo de estudio y que consideramos a continuación.

1.2.4 Modelo de Análisis aplicable a nuestro campo de estudio

Dadas las posibles relaciones entre las normas y principios que se ilustraron en la Figura 1 y las precisiones efectuadas en el numeral anterior, a los efectos del presente trabajo de investigación se utiliza como modelo, la técnica o herramienta de análisis de conflictos que se ocupa de la relación del derecho con su entorno normativo más general, **aplicando el principio de integración sistémica y el literal c) del párrafo 3 del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, la interpretación de los tratados a la luz de “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes”.**

Al referirnos al principio de integración sistémica resulta oportuno señalar desde una perspectiva general y conceptual, que el mismo no es más que la enunciación o declaración que se formula en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el sentido de que no existe un tratado o acuerdo que pueda interpretarse de manera aislada o desvinculada de su entorno o contexto normativo.

En efecto, creemos que el principio recogido en el artículo indicado, consagra la no exclusión de ninguna norma que resulte aplicable a las relaciones entre las partes al momento de realizar la tarea interpretativa y que ello es consecuencia de lo que acertadamente sostienen DAILLIER Y PELLET al afirmar que *“un tratado no puede considerarse aisladamente. No sólo está enraizado en las realidades sociales, sino que sus disposiciones deben confrontarse con otras normas jurídicas con las que pueda competir”* (Ibídem: Pág.242).

En efecto, las normas jurídicas se relacionan con otras normas y no lo hacen aleatoriamente, sino que lo hacen de manera sistémica, vale decir, dentro de lo que Guillermo Cabanellas (1984) define como un *“Conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia.// Ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad.//Método.// Procedimiento. // Técnica. // Doctrina.”* (Pág. 296)

El “Principio de integración Sistémica”, según el reconocido jurista y miembro de la CIJ, XUE HANQUIN:

(...) “funciona como una llave maestra de la casa del derecho internacional y se puede recurrir a él con fundamento para resolver un conflicto o solapamiento entre dos o más normas. Si existe un problema sistémico –una incoherencia, un conflicto o un solapamiento entre dos o más normas- y no se puede solucionar por otros medios interpretativos, siempre se puede recurrir a ese artículo para proceder con fundamento” (...) (Ibídem: Pág. 243).

Ahora bien, ¿que se entiende por toda forma pertinente de derecho internacional aplicable entre las partes? Al respecto, DE LA GUARDIA (1997) nos dice que aquella (...) *“puede consistir en otro tratado, una norma consuetudinaria, una sentencia que vincule a ambas partes, etc. y cuya aplicación incida en el tratado en cuestión”* (...) con lo cual, acertadamente considera el carácter amplio planteado en la norma a través de la expresión *“toda forma pertinente de derecho internacional”* en tanto no efectúa ningún tipo de enumeración taxati-

va o restrictiva que limite cuales pueden ser esas formas de derecho, o si se trata, incluso, de normas estatales o privadas.

Por otro lado, si bien el Art. 31 y el 32 hacen referencia a las reglas generales de interpretación, debe tenerse en consideración que el literal c) del párrafo 3 de dicho artículo no constituye una regla propiamente dicha, sino que más bien nos encontramos ante un principio que debe tamizar todo proceso de interpretación jurídica.

Al respecto, el informe sobre Fragmentación del Derecho señala que:

(..) “es cierto que se ha criticado la formulación de esa disposición por no ser lo suficientemente clara en su alcance sustantivo y temporal y en su fuerza normativa: ¿En qué medida debe tenerse en cuenta el resto del derecho? ¿Qué hay del derecho anterior o posterior? y ¿Qué se entiende por “tener en cuenta”? Sin embargo, si el artículo no es más que la expresión de un principio más amplio – “el de integración sistémica” – y ese principio, a su vez, expresa un aspecto razonable o incluso necesario de la práctica del razonamiento jurídico, un análisis de sus usos reales y posibles constituye una contribución útil al estudio de la supuesta fragmentación (o diversificación) del Derecho Internacional”. (Koskenniemi, M. 2006: Pág. 245)

A mayor abundamiento, entendemos necesario precisar que en el ámbito del derecho internacional económico, el propio Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC, nos remite a las normas usuales de interpretación del derecho internacional público para aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados por el sistema multilateral de comercio¹⁹.

Vale la pena detenernos en torno a esta cuestión, en lo señalado por Pascal Lamy (2006), cuando sostiene que si bien el derecho de la OMC es un conjunto de normas jurídicas que constituyen un sistema dirigido a una comunidad y que cuenta con un ordenamiento jurídico integrado y especial, “(...) el derecho de la OMC se articula con los sistemas jurídicos de las demás organizaciones internacionales dentro del orden jurídico internacional (...)”, y tiene igualmente en cuenta las demás normas del derecho internacional, sin que medien relaciones de superioridad o jerarquía entre las mismas y el ordenamiento jurídico de la OMC.

Pero ese sistema jurídico integrado, refiere Lamy:

“(..) No está “clínicamente aislado (...). Existe una presunción de validez en el derecho internacional y las normas de los Acuerdos de la OMC deben interpretarse en consecuencia con los principios del derecho internacional. En consecuencia, el ordenamiento jurídico de la OMC respeta especialmente la igualdad soberana de los Estados, la buena fe, la cooperación internacional e incluso la obligación de arreglar pacífica-

¹⁹ OMC, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, artículo 3 disposiciones generales, párrafo 2.

mente las controversias, por no hablar de las reglas de interpretación de los tratados que el Órgano de Apelación, por ejemplo, aplica sin vacilar. La OMC respeta el derecho internacional general, sin perjuicio de adaptarlo a las realidades del comercio internacional.” (Ibídem)

La opinión autorizada de Lamy, entonces Director General de la OMC, resulta sumamente importante puesto que, como veremos en el desarrollo de la investigación, no hace sino reafirmar lo que señala la Convención de Viena en su Artículo 31.3.c), rescatando además la buena fe como un principio y criterio amalgamador en esta búsqueda de un orden jurídico y una gobernanza internacional organizados y coherentes.

Adicionalmente, el Órgano de Apelación previsto en el ESD, siempre ha dictaminado en el sentido de que los grupos especiales están obligados a aplicar rigurosamente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en las cuestiones que sean sometidas a su consideración²⁰ y ha llegado incluso a revocar dictámenes de algún grupo especial que no cumplió con esa condición²¹.

De lo que viene de reseñarse surge entonces, que el principio de integración sistémica recogido en el artículo 31.3 c) de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados nos obliga a recurrir al entorno o contexto normativo del derecho internacional general y especial, sea público o privado para efectuar la tarea interpretativa, con lo cual nos proporciona el fundamento jurídico necesario para incluir, para el caso que nos ocupa, toda forma de derecho internacional que resulte aplicable al momento de interpretar el Acuerdo MSF, incluyendo a las “normas privadas”.

1.2.4.1 La jerarquía oficiosa y nuestro campo de estudio

Si bien como expresamos en el último párrafo de numeral 1.1.2, no existe una jerarquía formal entre las fuentes del derecho internacional, como consecuencia lógica del razonamiento jurídico, se genera lo que la Comisión de Derecho Internacional llama una “**jerarquía oficiosa**” y por ende, para resolver un problema normativo, debemos seguir un proceso de interpretación como ejercicio de argumentación jurídica que considere primero los tratados, luego la costumbre y por último los principios generales de derecho.

Es por esta razón, que consideramos interesante efectuar nuestro análisis utilizando la progresión del razonamiento jurídico de interpretación expuesto por el reconocido jurista Max Huber y citado en por la CDI²². Mediante dicho proceso de interpretación,

20 KOSKENNIEMI, Martti.. 2006. Op. Cit. Pg. 258, párrafo 444, WT/DS2/AB/R, DSR 1996: Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional (29 de abril de 1996), págs. 15 a 17; WT/DS69/AB/R, DSR 1998:V. CE - Medidas que afectan a la importación de Determinados productos avícolas (23 de julio de 1998). pág. 2060, párr. 83 y, en general, págs. 2057 a 2060, párrs. 77 a 85; WT/DS161/R, WT/DS161/AB/R, DSR 2001:I. Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada (10 de enero de 2000), pág. 59, párr. 539.;WT/DS207/R. Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas (3 de mayo de 2002), párrs. 7.81 a 7.86.; WT/DS27/AB/R, DSR 1997:II. CE - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (25 de septiembre de 1997), pág. 661, párr. 167; y WT/DS291-293/INTERIM. CE - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (7 de febrero de 2006), pág. 299, párr. 7.68.

21 Caso EEUU - Pautas para la gasolina reformulada o convencional (29 de abril de 1996) WT DS2 AB R, DSR 1996: I, páginas 15 a 17. citado por KOSKENNIEMI, Martti. 2006. Op. Cit. P. 258

22 KOSKENNIEMI, Martti.. 2006. Op. Cit. Pg. 268, párrafo 463

un juez o árbitro debería buscar la voluntad de las Partes en el texto de la Convención mediante el siguiente orden:

- a) En las cláusulas específicas de la Convención;
- b) En la totalidad de la Convención y otros Acuerdos relevantes;
- c) En el Derecho internacional general
- d) En los Principios Generales reconocidos por las naciones civilizadas.

Estos Principios Generales (que incluyen como veremos, *pacta sunt servanda*, autonomía de la voluntad, entre otros), los analizaremos bajo el principio de integración sistémica realizando nuestra interpretación hasta el punto c) *ut supra* indicado, y de esta manera, **todas las formas de derecho internacional** (costumbre, normas, principios e incluso otros tratados) serán consideradas dentro del artículo 31.3.c).

En tal sentido, la frase “(...) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes*”, fundamenta jurídicamente la inclusión de los principios generales de derecho internacional y a las “normas privadas”, como normas aplicables a las relaciones entre las partes (Estados Miembros de la OMC) pese a que surgen fuera del ámbito Estado – céntrico tradicional como lo indicamos en el numeral 1.2.3 *in fine*.

1.3 Conclusiones

- 1) Las “normas privadas” elaboradas al margen del derecho internacional Estado céntrico tradicional, forman parte del fenómeno de fragmentación sustantiva del derecho internacional y de acuerdo al Estudio “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, la Convención de Viena, reconocida como parte del derecho consuetudinario en la OMC (artículo 3 párrafo 2 del ESD de la OMC) y el derecho internacional pueden utilizarse para encauzar y controlar esas pautas de regulación oficiosa de las actividades transnacionales.
- 2) El principio de integración sistémica recogido en el artículo 31.3 literal c) de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, nos obliga a recurrir al entorno o contexto normativo del derecho internacional general y especial, sea público o privado para efectuar la tarea interpretativa y nos proporciona el fundamento jurídico necesario para incluir a las “normas privadas” como norma de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes al momento de interpretar dicho contexto normativo y analizar potenciales conflictos y sus soluciones.

CAPÍTULO II: “NORMAS PRIVADAS” Evaluación Inicial y evidencia empírica

2.1 Ámbito en que se generan las “Normas privadas” objeto de estudio

Contextualizando los ámbitos y los sujetos que generan las “normas privadas” que son de preocupación del Comité MSF, en enero de 2007, la secretaría de la OMC preparó una nota informativa²³ en la cual se sostiene que en algunos casos se trata de normas desarrolladas por empresas, en otros, tienen alcance internacional y cubren toda una industria, sin limitarse a un país, una región geográfica o a un grado de desarrollo²⁴.

Se hace referencia de esta forma, a normas específicas elaboradas por grandes empresas minoristas de alimentos que si bien son aplicadas a nivel nacional resultan luego exigidas a proveedores de distintos países. Dentro de esta categoría, se citan como ejemplos Tesco Nature’s Choice de Tesco y Filière Qualité de Carrefour.

Se consideran, adicionalmente, las normas colectivas nacionales desarrolladas por organizaciones colectivas o asociaciones industriales que si bien tienen también en principio alcance nacional, se extienden a nivel internacional exigiéndose a proveedores de varios países. Como ejemplo de tales normas suelen citarse la norma alimentaria global del Consorcio Británico de Minoristas²⁵.

En tercer lugar, se suelen citar varios ejemplos de normas colectivas internacionales tales como las GlobalGAP²⁶, la Norma Alimentaria Internacional²⁷, la Iniciativa Mundial de Seguridad Alimentaria²⁸; todas ellas elaboradas por organizaciones que nuclean a empresas miembros de distintos países.

Dentro de esta última categoría se incluyen, cuando pretenden regular cuestiones sanitarias y fitosanitarias, normas de la Organización Internacional de Estandarización (ISO)²⁹ y otros organismos internacionales que regulan el sector agroalimentario y que son entidades de normalización en los términos planteados por el Acuerdo OTC y que en tal sentido, adhieren al Código de Buenas Prácticas previsto en dicho Acuerdo.

Cabe anotar en tal sentido, que la propia ISO se define como organismo de normalización internacional formal (2010: Pág. 4) marcando de esta forma, las distancias con otros

23 Documento G/SPS/GEN/746

24 Al respecto, se indica por parte de la Secretaría que los mismos factores y empresas que lideran la utilización de las normas privadas existen en los países desarrollados, subdesarrollados y en vías de desarrollo.

25 British Retail Consortium Global Standard - Food

26 GlobalGAP es un programa privado de certificación voluntaria creado por 24 grandes cadenas de supermercados que operan en diferentes países de Europa Occidental y que han organizado el Grupo Europeo de Minoristas (Euro-Retailer Produce Working Group - EUREP).

27 International Food Standard

28 Global Food Safety Initiative

29 ISO es una federación mundial que cuenta actualmente con 159 miembros sobre la base de un miembro por país. El miembro de ISO es un “organismo nacional de normalización” (ONN) que es la organización más representativa de la normalización en su país y por lo general está a cargo de la normalización voluntaria por un mandato oficial de su gobierno

sistemas colectivos internacionales de la industria minorista³⁰. Sin embargo, entendemos que los problemas se presentan cuando sus normas comienzan a implicar regulaciones en materia sanitarias y fitosanitarias, y su accionar extralimita lo que ciertamente es una actividad de normalización formal y reconocida específicamente en el marco del Acuerdo OTC y pasa a abarcar aspectos comprendidos en el alcance del Acuerdo MSF, en cuyo ámbito y como veremos, no se reconocen ni si consagran competencias de normalización a organismos de naturaleza privada.

Por otra parte, del análisis que hemos realizado para contar con mayores elementos de juicio en torno a los contextos y los sujetos que generan las normas objeto de tratamiento, hemos podido constatar que las definiciones que han sido ensayadas por distintos organismos internacionales, si bien identifican a los sujetos de manera diversa recurriendo a calificaciones tales como “entidad privada”, “organismo no gubernamental”, “interlocutores comerciales”, el denominador que nos interesa destacar, es precisamente que los “sujetos” considerados, no revisten en ningún caso la naturaleza de personas jurídicas públicas o estatales, aspecto que se desprende de los siguientes ejemplos:³¹

- *“Las normas privadas son normas diseñadas por entidades no gubernamentales y propiedad de ellas”*. Comisión del Codex Alimentarius FAO/OMS³².
- *“Se entiende por normas privadas las normas elaboradas por entidades privadas, por ejemplo empresas, organizaciones no gubernamentales y asociaciones de distintos colectivos. Estas normas pueden diferir por su campo de aplicación, la responsabilidad o sus objetivos, los que van desde la conservación del medio ambiente al fomento de prácticas agropecuarias y de fabricación adecuadas, pasando por la inocuidad de los alimentos y la protección de los derechos humanos y sociales. Pueden ser normas cuantitativas que fijan características para los productos, como los límites de contaminantes o los límites máximos de residuos, o normas sobre procesos, en las que se caracteriza la producción (pueden incluir objetivos de rendimiento), o normas que establecen requisitos en relación con los sistemas de gestión y de documentación”*. Centro de Comercio Internacional (CCI, 2012: Pág. 2).
- *“El término norma privada hace referencia a los requisitos comerciales desarrollados, propios e implementados por entidades no gubernamentales, a los cuales deben someterse los proveedores con el fin de acceder a mercados específicos...”*. Organización Internacional de Epizootias (OIE, 2009).
- *“Las certificaciones de sostenibilidad establecidas para los interlocutores son normas privadas. Las elaboran y aplican organizaciones que no pertenecen al sector público y se promue-*

30 Se expresa en la publicación antes indicada que “A pesar de que se puede considerar que las llamadas normas “privadas” abarcan cualquier norma desarrollada por una entidad fuera del gobierno, la caracterización puede ser engañosa. En muchos foros, el término “privado” puede ser percibido como algo “menor”, “interesado” o “en contra del interés del público”. Hay una amplia gama de normas no gubernamentales (y son cada vez más numerosas) y hay diferencias significativas en los órganos/organizaciones que desarrollan estas normas relacionadas con aspectos como la gobernanza, el enfoque de desarrollo, grupos de interés, etc. En este documento, se hace una distinción entre organizaciones internacionales de normalización “formales” como se describió anteriormente y otros emisores de normas “privadas”.

31 OMC. 2014. G/SPS/GEN/1334/Rev.1

32 “Consideration of the Impact of Private Standards” (cita de la publicación “Private standards in international trade: issues, opportunities and long-term prospects” Liu, P., Reunión de expertos de la FAO sobre cómo alimentar al mundo en 2050, Roma 2009, página 2) CX/CAC 10/33/13 Programa conjunto FAO/OMS sobre normas alimentarias. Comisión del Codex Alimentarius, 33 período de sesiones, 5-9 de julio de 2010.

ve su empleo por los fabricantes y los distribuidores, a modo de servicio a sus clientes...".
United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).

De la referencia efectuada, podemos concluir que el contexto en el cual se desarrolla la producción normativa que abordamos en este estudio, se circunscribe a ámbitos netamente privados independientemente de las particularidades que puedan tener respecto a si constituyen sistemas colectivos nacionales o internacional o se trata de empresas específicas.

Aclarado este aspecto, es oportuno indicar que dichos ámbitos pueden responder a los legítimos interés privados de las personas o entidades que los componen y en tal sentido, no es el tipo de entidad privada lo que debería preocuparnos, sino el contenido y los alcances de la materia que resulta comprendida en sus normas, aspecto que abordaremos seguidamente.

2.2 Contenido de las normas privadas: La materia sanitaria y fitosanitaria

Si bien la materia o contenido de las llamadas "normas privadas" es también muy amplio y variado, lo cierto es que incluyen aspectos que son calificados en algunos casos, de higiene y seguridad alimentaria³³ como se desprende de la evidencia empírica que presentamos en las secciones siguientes, y cuyo alcance se extiende en algunas normas, a todas las etapas del proceso de producción, desde el diseño, pasando por las contribuciones al proceso y el control del mismo, hasta el producto final.

Adicionalmente, regulan los aspectos vinculados a la evaluación de la conformidad³⁴ en tanto mecanismo para la corroboración de cumplimiento de requerimientos específicos relacionados con el producto y con el propio proceso de producción³⁵, tales como inspección, ensayos y certificación³⁶, de ahí que exijan recurrir a organismos acreditados.

El contenido regulatorio de estas normas privadas alcanza según los distintos sistemas, a aspectos vinculados a la elaboración, adopción, aplicación e incluso, a los mecanismos de control y evaluación de cumplimiento de un variado universo de exigencias técnicas que desde nuestra perspectiva, se encuentran específicamente reguladas y previstas en los Acuerdos que como veremos, dieron origen a la Organización Mundial del Comercio.

Una primer acercamiento a dicha regulación normativa internacional, nos permite apreciar un cuidadoso "disciplinamiento" del comercio de mercancías y el reconocimiento expreso del derecho que tienen los Miembros de recurrir a la determinación, adop-

33 El enfoque central de las normas EurepGap es la seguridad de los alimentos y la rastreabilidad. Las normas también preceptúan sobre algunas dimensiones ambientales (prácticas relativas al manejo integrado de plagas – MIP) y otras sociales (relativas a la salud ocupacional) y a requisitos relativos a la higiene de los alimentos y al límite máximo de residuos (LMR) de plaguicidas que se les permite contener.

34 El proceso involucra muestreo, inspección, ensayos y certificación como medios para garantizar a las partes de una transacción que el proceso, producto, sistema, organismo o persona en realidad se adapta a los requisitos de una norma.

35 La diversidad de normas privadas tienen además otros objetivos como medioambientales, sociales, bienestar animal, etc.

36 La certificación es efectuada por un tercero que en principio, no debe tener interés directo en la relación económica entre el proveedor y el comprador y que otorga una garantía escrita de que un producto, proceso o servicio cumple con ciertas normas.

ción y aplicación de lo que definieron como “medidas sanitarias y fitosanitarias” bajo las reglas del Acuerdo MSF y como “normas” y “reglamentos técnicos” bajo las reglas del Acuerdo OTC. En ambos casos, el derecho reconocido no es absoluto ni discrecional sino que quedó limitado a las disposiciones que se plasman en ambos acuerdos y en el especial énfasis puesto en evitar que unas (medidas y normas) y otros (reglamentos técnicos), no se transformen en obstáculos injustificados al comercio internacional de mercancías.

Sin perjuicio de que consideraremos con mayor detalle el contenido y los alcances de dicho disciplinamiento en el marco de ambos Acuerdos, nos centraremos ahora en despejar las dudas sobre la materia que estas normas y su vínculo o relación con las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Acuerdo MSF.

El Acuerdo MSF precisa claramente su ámbito de aplicación, estableciendo que el mismo es aplicable a **todas las medidas sanitarias y fitosanitarias³⁷ que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional³⁸ con lo cual, tenemos que efectuar una doble consideración dando respuesta básicamente a las siguientes interrogantes: ¿es una medida sanitaria o fitosanitaria lo que se impone a nivel privado? y, ¿puede afectar directa o indirectamente el comercio internacional?**

La respuesta a la primera de dichas interrogantes, la encontramos recurriendo al Anexo A numeral 1 del Acuerdo MSF³⁹ que, define a las medidas sanitarias y fitosanitarias como **toda medida aplicada a:**

“(...) a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;

b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;

c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o

d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas (...).”

37 El término “sanitarias” en el marco del Acuerdo se utiliza con referencia a la salud de las personas y de los animales y el término “fitosanitarias” alude a los vegetales. No obstante, en varios textos jurídicos de los ordenamientos jurídicos nacionales se hace referencia a salud humana, animal o vegetal.

38 De conformidad con lo previsto en el artículo 1° numeral 1 del Acuerdo MSF.

39 El artículo XX literal b) del GATT, que analizaremos en detalle oportunamente, no contenía una definición sobre el particular y debemos recurrir entonces al Acuerdo MSF que profundiza y desarrolla dicha disposición, siendo la norma especial aplicable.

Se aclara que quedan incluidas igualmente, las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas para proteger la salud de los peces y la fauna silvestre, así como para preservar los bosques y la flora silvestre y que, a los efectos de esta definición, el término “animales” incluye los peces y la fauna silvestre; el término “vegetales” incluye los bosques y la flora silvestre; el término “plagas” incluye las malas hierbas; y el término “contaminantes” incluye los residuos de plaguicidas y de medicamentos veterinarios y las sustancias extrañas⁴⁰.

Los residuos de plaguicidas que tomaremos como ejemplo de evidencia empírica en la siguiente sección, quedan comprendidos en el término “contaminantes” y por ende, la determinación o establecimiento de sus límites, es claramente una medida sanitaria y fitosanitaria de acuerdo a la definición que plasma el Acuerdo MSF.

A los efectos de clarificar el concepto “medidas sanitarias y fitosanitarias”, la OMC⁴¹ nos brinda una clasificación que resulta a nuestro modo de ver acorde a la norma bajo análisis en tanto las divide en:

Medidas destinadas a garantizar la inocuidad de los alimentos;

Medidas destinadas a proteger de plagas y enfermedades:

- La vida o la salud de las personas;
- La vida o la salud de los animales, o los vegetales; y

Medidas destinadas a prevenir la entrada, radicación o propagación de plagas y enfermedades.

Respecto a los objetivos destinados a proteger la vida y la salud de las personas, se incluyen entonces, los referidos a la inocuidad de los alimentos⁴². La inocuidad de los alimentos es considerada por la OMS y la FAO (2007) como:

“ (...) un elemento fundamental de la salud pública, y el logro de un suministro inocuo de alimentos presenta grandes desafíos para los funcionarios nacionales encargados de la inocuidad de los alimentos (...)”; y que, “(...) los cambios registrados en la pautas mundiales de la producción alimentaria, el comercio internacional, la tecnología, las expectativas públicas de protección sanitaria y muchos otros factores han creado un entorno cada vez más exigente para los sistemas de inocuidad de los alimentos (...)” (Estudio número 87: Pág. 1)

40 Las medidas de protección del medio ambiente distintas a las comprendidas en dicha definición así como las destinadas a proteger los intereses de los consumidores o las adoptadas en defensa de los animales, no quedan comprendidas en dicha definición pero como veremos, le son aplicables las disposiciones del Acuerdo OTC y del propio Gatt 1994, artículo XX.

41 OMC, E-Learning, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, pág. 118.

42 El Codex Alimentarius, que es considerado en el ámbito del Acuerdo MSF como organización internacional de referencia en la materia, utiliza específicamente el término *“higiene de los alimentos”* y lo define como comprensivo de las condiciones y medidas necesarias para la producción, elaboración, almacenamiento y distribución de los alimentos destinadas a garantizar un producto inocuo, en buen estado y comestible, apto para el consumo humano.

De lo que venimos de reseñar, se desprende que la definición de “medidas sanitarias y fitosanitarias” que nos proporciona el Acuerdo MSF, es efectuada atendiendo a su propósito o intención en tanto plasma en forma expresa, que es toda medida aplicada para proteger, la vida y la salud de las personas y de los animales; preservar los vegetales, prevenir o limitar otros perjuicios; de los riesgos que se detallan en cada uno de los literales del numeral 1 ut supra transcripto. En tal sentido, se ha expresado con acierto, que en términos generales las medidas sanitarias y fitosanitarias son medidas destinadas a proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal de determinados riesgos específicos. (VAN DEN BOSSCHE, P. ZDOUC, W. 2013: Pág. 894)

Bradly J. Condon⁴³, nos hace notar que esta definición además, hace referencia al territorio del Miembro y que en tal sentido, excluye las medidas que tengan como propósito proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales fuera del territorio del Miembro, pero que no obstante, las MSF pueden comprender procesos y métodos de producción y el transporte fuera del territorio del Miembro, siempre y cuando el fin sea la protección dentro de su territorio. De esta manera, el Acuerdo MSF resuelve una cuestión no resuelta en el artículo XX(b) del GATT: sí existe un límite jurisdiccional sobre el alcance de las medidas que pueden justificarse en esta excepción.

Otro aspecto de significativa importancia en esta definición, lo constituye el párrafo final del numeral I del Anexo A, que especifica **lo que a nuestro juicio, constituye la materialización jurídica de la medida en tanto aclara que:**

“Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos”.

Entendemos efectivamente, que este párrafo lo que nos brinda, es clarificación en torno a los instrumentos normativos que el Acuerdo MSF considera pertinentes para exteriorizar la obligatoriedad de la medida determinada y su alcance general. En tal sentido, no consideramos apropiado que en la determinación de si estamos o no ante una “medida sanitaria o fitosanitaria”, deban incluirse elementos vinculados a los mecanismos jurídicos utilizados para instrumentarlas, aspecto que a nuestro modo de ver se aparta del claro tenor literal de la disposición en cuestión.

Si bien en el asunto Australia – Manzanas, el Órgano de Apelación⁴⁴ parece estar inclinándose por interpretar que no sólo debemos atenernos al objetivo de la medida

43 Bradly J. Condon, Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, pág. 4.

44 Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Manzanas*, WT/DS367/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2010, párrafos 175-176.

sino a su texto y estructura y a considerar a los propios “instrumentos” como “medidas” entendemos que las conclusiones a las que llega no están orientadas en el mismo sentido. En efecto, considera la lista de instrumentos jurídicos (“leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos”) como ejemplos que pueden estar comprendidas en la definición de MSF si y solo si la medida tiene una relación clara y objetiva con al menos uno de los objetivos establecidos en los apartados a) a d) del párrafo 1 del Anexo A.

Los instrumentos jurídicos que a nuestro juicio contempla el párrafo final del Anexo A, tienen directa relación con el criterio que evidentemente plasma el Acuerdo MSF en lo que respecta al carácter imperativo de la normativa en materia sanitaria y fitosanitaria y la obligatoriedad de cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas. Independientemente entonces de que el Órgano de Apelación haya asimilado a nuestro juicio desacertadamente “instrumentos” con “medidas”, concluye afirmando que medidas no incluidas expresamente en la lista, pueden ser MSF si son “aplicadas” con un objetivo que se corresponda con uno de los enumerados en los apartados a) a d).

El análisis de la definición de “medida sanitaria o fitosanitaria” es importante efectuarlo a la luz de otras definiciones que se establecen en el propio Sistema Multilateral de Comercio y, concretamente en otro de los Acuerdos multilaterales que regulan el comercio de mercancías, el Acuerdo OTC. En tal sentido, un primer acercamiento a ambas regulaciones, nos alerta en cuanto a que, como veíamos, mientras el Acuerdo MSF define “medidas sanitarias y fitosanitarias” dando por sentado el contenido obligacional de las mismas, el Acuerdo OTC define concretamente los términos “norma”, al que le atribuye contenido voluntario y el término “reglamento” al que atribuye contenido obligacional, en los términos que se indican en la Figura II.

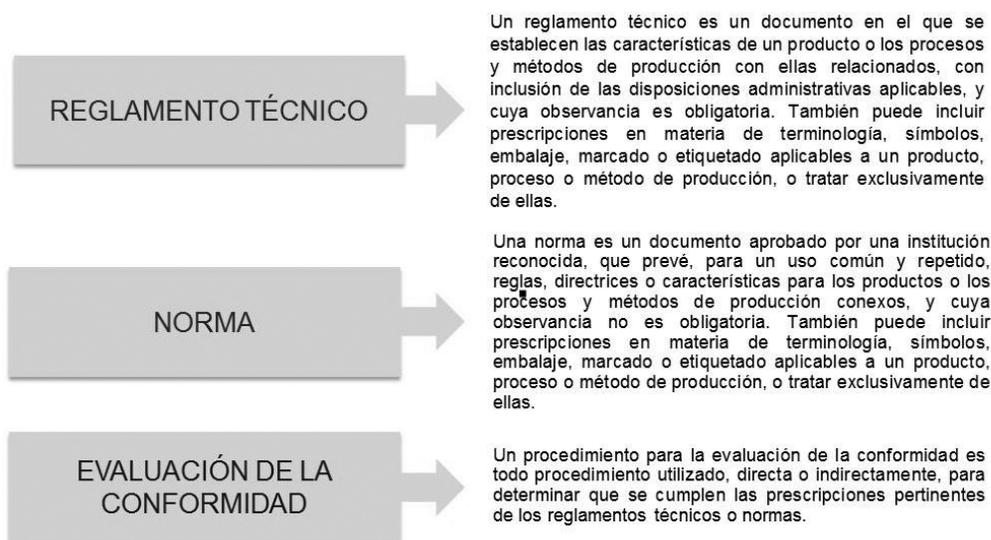


Figura II: Definición de Norma, Reglamento Técnico y Evaluación de la Conformidad.

Fuente: Anexo I del Acuerdo OTC.

Vemos entonces que, bajo las disposiciones del Acuerdo OTC, se incluyen tres categorías de medidas como obstáculos técnicos al comercio: Los Reglamentos, Las Normas y los Procedimientos de Evaluación de Conformidad. Adicionalmente, el Acuerdo OTC descarta de su ámbito de aplicación entre otras⁴⁵, a las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Anexo A del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

En función de lo anterior, queda claramente delimitado que si la medida que se pretende aplicar tiene por objetivo la protección de la salud humana, animal o vegetal queda comprendida en las disposiciones del Acuerdo MSF. Por lo tanto, debemos analizar cuál es el objetivo que se pretende con la medida para definir el marco jurídico que corresponde aplicar (OTC o MSF), tal como se ilustra en la Figura III.



Figura III: Objetivo de las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, de las Normas, de los Reglamentos Técnicos y de los Procedimientos de Evaluación de Conformidad.

Fuente: Serie de Acuerdos de la OMC. Obstáculos Técnicos al Comercio

⁴⁵ Tampoco se aplica al sector servicios ni a las compras gubernamentales

De lo que hemos reseñado en la presente sección, se desprende entonces que las “normas privadas” objeto de tratamiento, persiguen regular el mismo objeto que las medidas sanitarias y fitosanitarias de carácter gubernamental previstas en el Acuerdo MSF de la OMC, **estando la principal diferencia centrada en la naturaleza de sus respectivos emisores y, por consiguiente, en su “juridicidad”**, además de otras que como veremos al tratar las preocupaciones de los Miembros presentadas ante el Comité MSF, se relacionan fundamentalmente con el proceso y los criterios técnicos utilizados en su determinación.

En lo que respecta al segundo supuesto previsto en la definición indicada, esto es, que la medida pueda afectar el comercio internacional, resulta a nuestro juicio claro que el giro utilizado “pueda afectar” no plantea ninguna condición expresa en cuanto a la magnitud o grado de dicha afectación ni respecto a la concreción práctica de la misma. Sin embargo, los numerosos casos planteados en el ámbito del Comité y la evidencia empírica presentada son representativos de la configuración de este extremo por lo que a ellos nos remitimos aclarando no obstante, que como nos señala Bradley J. Condon⁴⁶, dicha expresión ha sido interpretada a nivel jurisprudencial en el mismo sentido, al afirmarse que no es necesario demostrar que una MSF tiene efectos reales en el comercio mientras pueda afectarlo directa o indirectamente⁴⁷.

Efectuada esta evaluación inicial a nivel conceptual sobre las materias comprendidas en estas normas puntualizamos que por razones metodológicas, no obstante concluir que las mismas comprenden lo que en esencia se define como medida sanitaria y fitosanitaria, seguiremos utilizando la terminología empleada en los distintos ámbitos de discusión⁴⁸ y nos referiremos a “normas privadas” en el sentido de medidas sanitarias y fitosanitarias privadas, con las particularidades que derivan de su emisor, naturaleza, denominación y finalidad tal como se ilustran en la Figura IV.

46 *Ibidem*

47 Informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.435. Véase también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.165.

48 Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Organizaciones Internacionales de Referencia y distintos organismos internacionales.

MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS SEGÚN EL ACUERDO MSF VIS A VIS LAS “NORMAS PRIVADAS”



Figura IV: Medidas Sanitarias y Fitosanitarias según el Acuerdo MSF Vis a Vis las “Normas Privadas”. Fuente propia.

2.3 La naturaleza de las “Normas Privadas” desde una perspectiva jurídica

Consideramos necesario efectuar algunas precisiones conceptuales adicionales a lo anteriormente planteado para delimitar los alcances jurídicos de la expresión “norma”, partiendo de algunas definiciones que nos permitirán aproximarnos a dicha delimitación.

Digamos en primer término, que la Real Academia Española (2012) define norma, en la primera de sus acepciones, como: “Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc. (Del lat. Norma, escuadra).”

Por su parte, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico Elemental, la define como una “Regla de conducta. Precepto. Ley. Criterio o patrón. Práctica”, precisando la misma adquiere el carácter de jurídica cuando nos encontramos frente a una “regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un precepto legal”. Para Gierke, refiere Cabanellas, “la norma jurídica es aquella regla que, según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente, y de modo incondicionado, la libre voluntad humana”. (pag. 213-214)

De igual forma, el Diccionario del Español Jurídico, de la Real Academia de la Lengua Española, distingue dos acepciones de carácter general para el término “norma”. En la primera de sus acepciones, señala que puede referirse a una “disposición, regla, precepto legal o reglamentario (norma jurídica)”. En cambio, la segunda acepción de carácter general, nos habla de un “comportamiento conforme a uso, contrato o práctica”.

De acuerdo a lo anterior, el término “Norma” en sentido general, es pues, una regla de conducta, pero esta característica es propia no sólo de las normas que integran el Derecho, sino asimismo, de las normas morales y de aquellas que constituyen convencionalismos sociales entre otras. La norma del Derecho, sin embargo, presenta características que la diferencian claramente de los otros tipos de normas, el desconocimiento de la conducta impuesta acarrea siempre la posibilidad de la imposición de una sanción por parte del órgano del Estado al que se le atribuye la facultad de hacerlo.

Una norma jurídica es entonces, una regla imperativa de conducta u ordenación del comportamiento humano dictado por una autoridad competente, cuya violación acarrea la posibilidad de imposición de una sanción.

J.C. Smith, citado en Ossorio (2006) conceptualiza la Norma Jurídica como la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos.

De la reseña indicada, se advierte entonces que la expresión norma refiere en principio a reglas de conducta o comportamiento, que únicamente adquieren un carácter jurídico⁴⁹ cuando tienen por finalidad cumplir con un precepto legal, vale decir, cuando han sido establecidas por una autoridad, como veremos más adelante, en ejercicio legítimo de sus atribuciones.

Interesa precisar adicionalmente, que si bien las normas jurídicas, suelen clasificarse en múltiples formas, nos interesa destacar a efectos de nuestro análisis, la que las diferencia en función de su contenido o materia, en normas jurídicas imperativas o normas jurídicas dispositivas.

Las normas jurídicas imperativas son aquellas que obligan a los destinatarios independientemente de su voluntad y en ese sentido, los obligados tienen que actuar necesariamente conforme a lo prescrito en la norma, no pudiendo decidir la realización de otra conducta diferente.

Estas normas imponen por ende un mandato o una prohibición que debe cumplirse y sobre la cual las partes no pueden pactar. Las normas de orden público y las normas de jus cogen son ejemplos de este tipo de normas y representan un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad.

Las normas dispositivas, en cambio, son aquellas que pueden dejar de aplicarse a una situación jurídica concreta por voluntad expresa de las partes. El ordenamiento jurídico prefiere confiar a la voluntad de los sujetos la libertad de establecer normas particulares para regular sus propias conductas, de manera que cuando los individuos no manifiestan libremente la voluntad de establecer normas particulares para

49 Que atañe al derecho o se ajuste a él. Una acción es jurídica cuando se la ejerce conforme a derecho.

la regulación de sus propios actos, el ordenamiento jurídico, por razones de seguridad y de certeza, establece una regulación subsidiaria mediante normas de carácter supletorio.

Las “normas privadas” que se generan en los ámbitos y con el contenido que hemos visto, claramente no están dirigidas a cumplir con un precepto legal ni son prescritas por una autoridad en ejercicio de sus funciones y, en tal sentido, no podemos considerarlas como normas jurídicas.

En efecto, nos encontramos ante reglas de conducta o pautas de regulación determinadas a nivel privado en ámbitos nacionales como internacionales, cuya aceptación y uso generalizado se materializa en todo caso, bajo instrumentos jurídicos contractuales regulatorios de transacciones comerciales.

Se trata en todo caso, de un orden normativo distinto que puede, no obstante, producir efectos jurídicos toda vez que se mueve dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad del derecho privado en su sentido “negocial”.

Las normas “negociales” básicamente son las contenidas en las cláusulas de los contratos o negocios jurídicos, que obligan a las partes produciendo efectos jurídicos. Recordemos, en tal sentido, que el negocio jurídico es definido como “*Acto jurídico lícito integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada que el derecho reconoce como base para la producción de efectos jurídicos, buscados y queridos por su autor o autores, siempre que concurren determinados requisitos o elementos*”⁵⁰. Engloba todos aquellos hechos o supuestos en los cuales el papel de la voluntad individual es relevante y en cierta medida condiciona y determina los efectos jurídicos que los actos del hombre van a producir, sea una adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo.

Cabe precisar sin embargo, que el reconocimiento de la autonomía privada supone que las relaciones entre particulares no sólo se encuentran sometidas a las propias reglas que libremente determinan, sino a las normas jurídicas en sentido estricto (ley, costumbre y principios generales).

La autonomía privada no es una regla de carácter absoluto y está sujeta a los límites que el propio ordenamiento jurídico impone: el legal en su dimensión imperativa (puede por ejemplo prohibir que el contenido negocial se efectúe sobre determinadas materias), la moral, y el orden público; aspectos sobre los cuales la voluntad privada resulta claramente condicionada.

Efectuadas estas precisiones conceptuales, entendemos oportuno referirnos adicionalmente, a la posible relación entre las “normas privadas” y figuras como el “soft law” y “by law” con las cuales podría considerarse que en principio, comparten alguna semejanza:

a) “Norma privada” y “soft law”

Una ilustrativa descripción de la expresión “soft law”, nos la proporciona DEL TORO HUERTA, al señalar que la misma (...) “*busca describir la existencia de fenómenos jurídicos*

50 Enciclopedia Jurídica, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/negocio-juridico/negocio-juridico.htm>

caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica”; señalándonos además que:

(..) “el derecho internacional, como todo ordenamiento jurídico, es un sistema en constante transformación. En su desarrollo, y en la medida en que trata de adaptarse a la dinámica de los distintos actores de la sociedad internacional, se han incorporado, tanto en su estructura teórica como institucional, nuevos elementos de análisis. Cada vez más, nuevas situaciones y fenómenos que se presentan en la comunidad internacional reclaman para sí un tratamiento jurídico.”

Por su parte, el Dr. BARBERIS (1994), distingue, de manera crítica, entre las distintas acepciones que se pueden encontrar en la doctrina, a saber: normas en proceso de formación; normas sin validez jurídica plena; normas de contenido difuso o vago; así como determinadas normas de organizaciones internacionales. Entre las razones que cita para criticar estas categorizaciones están:

- Para el primer supuesto, la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda*;
- Para el segundo, el error de diferenciar *hard law* y *soft law* arguyendo distintos grados de obligatoriedad, cuando en realidad se trata de diferencias derivadas de la existencia de normas cuyo incumplimiento, por vagas o imprecisas, es más difícil de verificar.
- Para el tercero, descalifica la existencia de un “orden jurídico intermedio”, al señalar con acierto la confusión que se genera muchas veces entre la “validez” de las normas y la “intensidad” de las mismas, expresando que ante todo nos encontraríamos con un orden normativo de distinta naturaleza, no jurídico.

Lo novedoso de dicho análisis es que el autor señala a continuación que “el concepto de *soft law* se ha ampliado últimamente a todo el ámbito internacional y se postula que no es creado por ciertas fuentes, sino por estándares” (BARBIERIS, J. 1994: Pág. 255), lo cual resulta bastante interesante a efectos de nuestro análisis dado que, como vimos, “private standard” es la denominación en inglés traducida de manera no literal al español como “normas privadas”.

SARMIENTO (2006) al hablar del “*soft law*” relata el origen de estas regulaciones señalando que:

“en aras de la inmediatez y la adaptabilidad al intenso ritmo de la realidad; la huida del poder público de algunos ámbitos de actuación ha desembocado en una proliferación de normas privadas de carácter obligacional, pero de dudosa naturaleza jurídica; la distribución competencial entre poderes territoriales, anclada en categorías y conceptos, no ha logrado distribuirse en su pureza distributiva, forzando la irrupción de técnicas de colaboración y coordinación que invierten y desvirtúan los diseños constitucionales originarios; el ámbito territorial de actuación de las Administraciones no se ha compaginado con la libertad de movimientos transnacionales de operadores privados.”

Sin embargo, existen diferentes posiciones en la literatura especializada en torno a la verdadera naturaleza jurídica del *soft law*, pasando por quienes como SARMIENTO (2006) señalan que el mismo cumple la función de una fuente, de un principio general del Derecho, (...) *“como mandato de optimización que requiere del intérprete una maximización de sus contenidos”*. En contraposición, BARBERIS, como señalamos anteriormente, critica la conceptualización del *soft law* como un orden jurídico intermedio, señalando que, en todo caso, pertenece a otro orden normativo de tipo *“no jurídico”*.

Sobre el particular, DEL TORO HUERTA cita a W. RIPHAGEN, quien señala que:

(...) “Dado que el derecho no es el único sistema normativo que rige la conducta humana, es preciso identificar los diferentes eslabones que lleva de lo no – jurídico a lo jurídico y para ello es preciso distinguir al menos cuatro escalones representados en la fórmula non – law/soft-law/law/ius cogens, en donde el soft law y el ius cogens representan los dos extremos del mundo jurídico y por tanto comparte cierta dificultad para su identificación”.

DEL TORO HUERTA hace un muy completo análisis de este fenómeno, y efectúa un repaso de las distintas posiciones que se encuentran en la doctrina, incluyendo a autores como BARBERIS, de quienes señala efectúan un enfoque *“inevitable e irreductible”* que parte de *“la teoría tradicional de las “fuentes” del derecho internacional; hasta llega a aquellos que propugnan la existencia de un “sistema internacional escalonado y continuo en donde existe una normatividad relativa o variable”*. Como vemos, el debate sobre el *soft law* hace parte de un debate más amplio, en donde se encuentra, en palabras de DEL TORO HUERTA, *“por un lado el modelo dicotómico derivado de la teoría tradicional de las “fuentes” del derecho internacional y, por el otro, el modelo teórico que supone la existencia de un sistema internacional escalonado y continuo en donde existe una normatividad relativa o variable.”*

Agrega este autor que *“(...) una teoría de la creación jurídica no supone la creación instantánea del derecho, una teorías sobre los procesos de creación normativa reconoce que el derecho surge de la sociedad, a partir del desarrollo de ideas y la emergencia de nuevos valores que reclaman su reconocimiento formal y su protección jurídica. En consecuencia determinar un punto específico que permita diferenciar lo jurídico de lo “no – jurídico” no parece sencillo y tampoco deseable, pues implica una concepción reduccionista de procesos complejos.*

De todas formas, lo cierto es que las normas privadas se originan, al igual que en lo descrito para el caso del *soft law*, en el desmonte del monopolio del Estado en la producción del derecho, y que tienen en tal sentido puntos de intersección con el *soft law*. Recordemos que ya BARBERIS reconocía que el concepto de *soft law* evolucionaba y ampliaba su definición hacia determinados estándares.

De esto último se ocupa DEL TORO HUERTA al analizar las formas del *soft law*, señalando que parte de la doctrina reconoce tres instrumentos de *soft law*: resoluciones, recomendaciones y decisiones de organizaciones internacionales; los acuerdos no normativos y las partes no obligatorias de acuerdos vinculantes.

No obstante lo anterior, señala también que otros autores sin embargo, matizan el hecho de que sólo los sujetos de derecho internacional participen en la elaboración de instrumentos del *soft law*. Para WOLFGANG REINICKE y JAN MARTÍN WITTE, por ejemplo, una característica de los acuerdos internacionales no normativos es servir como vínculo entre instituciones públicas y entidades privadas transnacionales y no gubernamentales.

En este sentido, en la elaboración de instrumentos del *soft law* pueden participar sujetos de derecho internacional exclusivamente; tales sujetos conjuntamente con otros actores internacionales e incluso actores privados, grupos de expertos o individuos. Desde esta perspectiva, el hecho de que los instrumentos de *soft law* estén abiertos a otros actores internacionales es uno de sus datos característicos y por supuesto uno de sus aspectos más controvertidos.

Esta última distinción entre el ordenamiento jurídico y el *soft law* aparece de manera mucho más nítida en el caso de las llamadas normas privadas, habida cuenta de la naturaleza de sus emisores y su ámbito de aplicación, en donde la diferencia estaría en que no aparecen en su formación los tradicionales sujetos del derecho internacional público, sino que únicamente quedan como emisores de la norma determinados actores de origen no estatal.

Parte del problema actual consiste, precisamente, en la “apariencia” o el “ropaje” con el que aparecen adornadas muchas de estas normas privadas de carácter sanitario o fitosanitario, particularmente aquellas emitidas por grandes organizaciones transnacionales, en donde las pautas de regulación oficiosa que pretenden aplicar a determinadas operaciones de comercio internacional, se asemejan en grado sumo a las recomendaciones o directrices en donde si aparecen los sujetos del derecho internacional público en su proceso de formación, dejando de lado la discusión de si constituyen o no *soft law*.

Un ejemplo patente de lo anterior es el caso ya mencionado de la ISO cuando pretende regular cuestiones como las sanitarias y fitosanitarias, situadas más allá del marco de actuación que específicamente establece para ella el Acuerdo OTC.

b) Las “normas privadas” y el “bylaw”

Corresponde puntualizar en primer término, que el Black’s Law Dictionary define a la figura del “bylaw” como:

“Bylaw: [fr. Danish bye, Old Nors byr, “town”] 1. Parliamentary law. (usu. pl.) A rule or administrative provision adopted by an organization for its internal governance and its external dealings. • Although the bylaws may be an organization’s most authoritative governing document, they are subordinated to a charter or articles of incorporation or association or to a constitution. The “constitution and bylaws” are sometimes a single document. (...)”

Se entiende por “corporate and organizational bylaws” a aquellas que regulan únicamente a las organizaciones a las que aplican (llámese corporaciones, asociaciones empresariales, juntas de vecinos, etc.), y pueden versar sobre multiplicidad de temas, incluyendo los procedimientos bajo los cuales una entidad debe conducirse para elegir o asignar

determinados cargos y responsabilidades. En este sentido, las “bylaws” se asemejan a lo que en derecho societario se conoce como estatutos de una sociedad, incluyendo sus reglamentos y normas de funcionamiento interno.

Atendiendo a lo anterior, normas privadas como aquellas adoptadas por asociaciones de usuarios, retailers o compradores, creemos que pueden ser perfectamente definidas como “bylaws” o “company regulation”, proyectadas en un escenario globalizado, cuyo objeto se extiende “a” o “incluye” igualmente, las normas o estándares privados que resultan de aplicación a determinadas operaciones de comercio exterior acordadas por quienes integran dichas asociaciones o corporaciones. Las integran los procedimientos, requisitos y estándares que deben aplicarse a determinadas operaciones de comercio exterior por parte de los integrantes de las mismas, tal como se desprende de la citada definición.

De lo que viene de reseñarse con respecto a la posible relación entre “normas privadas” y las figuras “soft law” y “bylaw”, parece razonable concluir que los puntos de contacto entre las mismas, los encontramos en tanto responden al mismo fenómeno de escape regulatorio o de desmonte del monopolio estatal en la producción normativa compartiendo de esta forma, algunos aspectos de intersección.

Lo importante a nuestro juicio es que independientemente de su naturaleza jurídica, al concretarse en relaciones jurídicas privadas de naturaleza negocial, las normas privadas son pautas de conducta que sin poder calificarse como normas jurídicas en el sentido que hemos detallado, no por ello dejan de tener efectos jurídicos cuya legitimidad debemos analizar dentro del entorno normativo aplicable incluido aquel que pauta los límites a las conductas y acciones particulares a nivel privado.

La imposición de las “normas privadas” como condición en la concreción de intercambios comerciales, no debería, o no podría definirse en forma aislada del entorno normativo aplicable que, como hemos señalado en esta sección, pauta los límites a las conductas y acciones particulares a nivel privado.

2.4 El tratamiento de las normas privadas en el ámbito del Comité MSF: La imposibilidad de lograr una definición

En junio de 2005, en el plenario del Comité MSF, San Vicente y granadinas expresó su preocupación respecto a las exigencias impuestas por EurepGAP⁵¹ a bananas exportadas desde ese país con destino al Reino Unido⁵². Sostuvo que las exigencias indicadas se convirtieron en una condición para la continuidad de sus exportaciones con destino a los supermercados de ese país y que, desde su punto de vista, por tratarse de medidas relacionadas a la imposición de límites máximos de residuos admitidos, las mismas deberían ser establecidas por los gobiernos y no por entidades privadas o por organizaciones no gubernamentales.

51 EUREPGAP, ahora GLOBALGAP, es un programa privado de certificación voluntaria creado por 24 grandes cadenas de supermercados que operan en diferentes países de Europa Occidental y que han organizado el Grupo Europeo de Minoristas (Euro-Retailer Produce Working Group - EUREP).

52 G/SPS/R/37/Rev.1, párrafos 16 a 20; G/SPS/GEN/766; y preocupación comercial específica N° 219.

Adicionalmente, argumentó que algunas medidas establecidas en los Programas de Certificación de EurepGAP, están claramente comprendidas en el alcance del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC. La respuesta del representante de la Unión Europea no se hizo esperar descartando todo vínculo o relación del bloque con las exigencias establecidas por EurepGap.

La UE sostuvo que, aun cuando esas exigencias en ciertos casos excedan los requerimientos que en materia de medidas sanitarias y fitosanitarias establecen las disposiciones de la Unión Europea, se desarrollan en el ámbito privado y no generan conflicto con las disposiciones de la UE, aclarando además que EurepGAP no es un órgano de la Unión Europea ni de sus Estados Miembros, sino un consorcio del sector privado que representa los intereses de la mayoría de los retailers.

La reacción de la UE marcaba su clara posición en cuanto a dejar fuera de las agendas de sesiones del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias este tema por considerar además que los países deberían recurrir en todo caso, ante las organizaciones o entidades privadas involucradas.

Lo cierto es, sin embargo, que aquella preocupación, respaldada en esa primera instancia por Jamaica, Perú, Ecuador y Argentina, instaló de manera definitiva el tema de la existencia de exigencias en materia de sanidad e inocuidad impuestas a nivel privado, y el tema se incorporó así en las reuniones del Comité MSF que se vienen realizando desde aquel entonces, persistiendo distintos enfoques sobre el particular.

Como señala Christiane Wolff,⁵³ los debates se han centrado en torno a tres temas:

- El acceso a los mercados: varios miembros son del parecer que las normas fijadas por el sector privado pueden ayudar a que los proveedores mejoren la calidad de sus productos y obtengan, y conserven, acceso a mercados de alta calidad. Otros miembros alegan que las normas privadas pueden ser más restrictivas (por ejemplo, si fijan límites máximos muy bajos de residuos de pesticidas) y más preceptivas (por ejemplo, si sólo autorizan una manera de alcanzar un objetivo de inocuidad alimentaria) que las normas oficiales para las importaciones y que, de esta manera, constituyen un obstáculo más para acceder al mercado.
- El nivel de desarrollo: a muchos miembros les preocupa que la aplicación de las normas privadas, con los costes de certificación adicionales que ello implica y que suponen tener que adaptarse a distintas normas para cada comprador, resulte cara, especialmente para los pequeños productores y en particular (pero no exclusivamente) para los países en desarrollo.
- La OMC: algunos miembros opinan que fijar normas para los productos que adquieren es una actividad legítima para el sector privado, en la que no debe inmiscuirse la administración del Estado, pero otros insisten en que, en virtud del Acuerdo MSF, los Estados importadores son responsables de las normas que for-

53 Christiane Wolff: Consejera, Dirección de Agricultura y Productos Básicos de la Organización Mundial del Comercio en LAS NORMAS PRIVADAS Y EL COMITÉ DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS DE LA OMC - Conf. OIE 2008, págs. 99-107.

man parte de este Acuerdo fijadas por el sector privado. A éstos les preocupa que estas normas no cumplan los criterios de la OMC, como la transparencia y la justificación científica de las medidas sanitarias y fitosanitarias (inocuidad, principalmente) y que restrinjan el comercio más de lo necesario para proteger la salud.

En ese contexto, en el mes de julio de 2008, el Presidente del Comité MSF distribuyó entre los Miembros un cuestionario a los efectos de determinar lo que dicho Comité podía y debía hacer, entre otros, para reducir los efectos negativos que tienen las normas sanitarias y fitosanitarias privadas en el comercio internacional, en particular para los países en desarrollo⁵⁴. Asimismo, cumpliendo una solicitud del Comité MSF de realizar un estudio sobre esta materia en tres fases⁵⁵, un grupo de trabajo ad hoc⁵⁶ presentó un informe identificando "Medidas que podría adoptar el Comité MSF acerca de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias"⁵⁷

Al respecto, en el año 2011 el Comité MSF adoptó cinco⁵⁸ de las seis medidas⁵⁹ que el grupo de trabajo había propuesto para su aprobación, aspecto que se entendió sin perjuicio de las opiniones de los Miembros respecto al alcance del Acuerdo MSF.

La Medida N° 1 implicaba elaborar una definición de trabajo sobre normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias y limitar sus debates a dichas normas. Resulta interesante el motivo por el cual se plantea esta primera medida y que está claramente expresado por los Miembros en el ítem 6 del Documento G/SPS/55 en el cual se sostiene que:

"(..) Habida cuenta de su mandato, el Comité MSF debería limitar las deliberaciones a las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias, la mayor parte de las cuales tienen que ver con la inocuidad de los alimentos. No obstante, algunos Miembros han expresado preocupación por el hecho de que los debates hayan rebasado la esfera de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias. Ello se debe, entre otros motivos, a que muchas normas privadas comprenden prescripciones sobre la inocuidad de los alimentos y de otro tipo, de suerte que es más difícil

54 JOB (08)/58. Respuestas de 30 Miembros recopiladas en el JOB(08)/97

55 G/SPS/W/230. G/SPS/R/53.

56 Los Miembros del grupo de trabajo ad hoc sobre normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias son: Argentina, Australia, Belice, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Egipto, Estados Unidos, Guatemala, Japón, México, Mozambique, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, Pakistán, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Sudáfrica, Taipei Chino, Tailandia, Unión Europea, Uruguay y Venezuela.

57 G/SPS/W/256.

58 G/SPS/55

59 Las restantes cuatro medidas adoptadas por decisión del Comité MSF fueron las de intercambio de información regular sobre novedades pertinentes a normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias entre el Codex, la OIE y la CIPF con el Comité MSF; invitar a la Secretaría de la OMC a informar a dicho Comité sobre las novedades en otros foros relacionados esta materia; instar a los Miembros de la OMC a que se mantengan en comunicación con las entidades que se ocupan de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias en sus territorios, para sensibilizarlas acerca de las cuestiones planteadas en el Comité MSF y la importancia de las normas internacionales establecidas por el Codex, la OIE y la CIPF; y el estudio de la posibilidad de que el Comité MSF trabaje conjuntamente con el Codex, la OIE y la CIPF para apoyar la elaboración y/o distribución de material informativo sobre la importancia de las normas sanitarias y fitosanitarias internacionales.

deslindar las prescripciones sanitarias y fitosanitarias y determinar si son esas prescripciones las que afectan directamente al comercio (...)."
(Destacado nuestro)

Aclarado dicho aspecto, se acordó que el Comité MSF limitaría su reflexión a las prescripciones establecidas o adoptadas por entidades no gubernamentales para conseguir uno de los cuatro objetivos enumerados en el párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF y que pueden afectar al comercio internacional.

Se debatió de esta forma, un primer proyecto de definición de trabajo de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias, basado en las propuestas y los argumentos recibidos por parte de los Miembros del Comité en el año 2012.

De acuerdo a la propuesta de definición de trabajo⁶⁰:

"Las normas sanitarias y fitosanitarias privadas son requisitos [voluntarios del mercado] [establecidos y/o] aplicados por entidades [privadas] [no gubernamentales] [61], para proteger la vida o la salud humana o animal o preservar los vegetales. O "Las normas sanitarias y fitosanitarias privadas son requisitos [voluntarios del mercado] [establecidos y/o] aplicados por entidades [privadas] [no gubernamentales][62], que pueden afectar al comercio internacional de manera directa o indirecta y que se adoptan con uno de los siguientes objetivos: a) proteger la salud y la vida de los animales o preservar los vegetales [en el territorio del Miembro que adopta la norma] de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades; b) proteger la vida y la salud de las personas y de los animales [en el territorio del Miembro que adopta la norma] de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos; c) proteger la vida y la salud de las personas [en el territorio del Miembro que adopta la norma] de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; y d) prevenir o limitar otros perjuicios [en el territorio del Miembro que adopta la norma] resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas".

Se aclaraba asimismo en esta propuesta de definición, que se consideran normas sanitarias y fitosanitarias privadas las prescripciones técnicas, las directrices y las recomendaciones⁶³; que las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias o fitosanitarias

60 G/SPS/W/265/Rev. 2, numeral 1 Pág. 2

61 Una entidad no gubernamental es una entidad que no posee ni ejerce "facultades gubernamentales", o a la que no se han conferido esas facultades. Son entidades no gubernamentales: las entidades privadas, que pueden ser organismos del sector privado, las empresas, las organizaciones industriales y los organismos privados de normalización.

62 Una entidad no gubernamental es una entidad que no posee ni ejerce "facultades gubernamentales", o a la que no se han conferido esas facultades. Son entidades no gubernamentales: las entidades privadas, que pueden ser organismos del sector privado, las empresas, las organizaciones industriales y los organismos privados de normalización.

63 G/SPS/W/265/Rev. 2, numeral 2 ítem 6. Pág. 2.

son prescripciones elaboradas por las propias entidades [privadas] [no gubernamentales], o derivadas de normas privadas, oficiales o internacionales vigentes, que se aplican para conseguir los objetivos comerciales de entidades [privadas] [no gubernamentales], en el marco de una relación privada, comercial y contractual.

Los corchetes, como podrá suponerse, obedecen a que los miembros no pudieron ponerse de acuerdo en torno a la categorización de estas entidades, vale decir, si referirse a ellas como “entidades privadas” o como “entidades no gubernamentales”, lo que, como se verá más adelante, constituye un elemento central del debate sobre la materia.

Adicionalmente, se consignaba en dicho documento que las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias o fitosanitarias no son elaboradas, aprobadas o promulgadas por la Comisión del Codex Alimentarius (Codex), la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) o la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE)⁶⁴; y que las medidas sanitarias y fitosanitarias oficiales aplicadas por un Miembro (incluidas las MSF aplicadas por gobiernos que no sean el gobierno nacional, o por entidades no gubernamentales en nombre de un Miembro), no son normas sanitarias o fitosanitarias privadas.

El cumplimiento de la Medida N° 1 continuó bajo tratamiento y lo los Miembros acordaron crear un grupo de trabajo por vía electrónica (GT-e)⁶⁵. Bajo su responsabilidad, los coordinadores de dicho grupo⁶⁶ presentaron una nueva propuesta de definición de trabajo⁶⁷ que fue examinada por el Comité MSF en su reunión de marzo de 2014, junto con una compilación de las definiciones sobre esta materia adoptadas por otras entidades⁶⁸.

En octubre de 2014, El Comité MSF consideró en su reunión el segundo informe de los coordinadores⁶⁹ y expusieron la propuesta de definición de trabajo de “norma privada sanitaria o fitosanitaria”⁷⁰, en los siguientes términos:

“Una norma sanitaria o fitosanitaria privada es una prescripción o condición escrita, o un conjunto de prescripciones o condiciones escritas, que guardan relación con la inocuidad de los alimentos, la vida y la salud de los animales o la preservación de los vegetales, que pueden ser utilizadas en las transacciones comerciales y que son aplicadas por una entidad no gubernamental que no ejerce facultades gubernamentales.”

Dicha definición incluía la siguiente cláusula de descargo⁷¹: *“La presente definición de trabajo se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud del*

64 G/SPS/W/265/Rev. 2, numeral 2 ítem. 8 pág. 2.

65 OMC. 2015. Informe de los Coordinadores del Grupo de Trabajo por vía electrónica para las Normas Privadas, presentado a la reunión de marzo de 2015 del Comité MSF, relativo a la Medida N° 1 (G/SPS/55). G/SPS/W/283

66 China y Nueva Zelanda

67 OMC. G/SPS/W/276

68 OMC G/SPS/GEN/1334 y Rev.1

69 OMC. G/SPS/W/281

70 En la mencionada reunión, se aclaró que el concepto de “definición de trabajo” todavía no se había interpretado en la jurisprudencia de la OMC, por lo que la misma se utilizaría específicamente en el marco de la labor del Comité MSF, a efectos acotar los debates a las normas sanitarias y fitosanitarias privadas.

71 Esta cláusula de descargo se incluía formando parte del texto de la definición o como nota al pie de página que eran las dos opciones planteadas en tanto se aclaraba a su vez, que cualquiera que se adoptara no tenía implicancia desde el punto de vista jurídico en el marco de la OMC.

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, incluida, aunque no exclusivamente, la cuestión del alcance de ese Acuerdo.”

Los Miembros no llegaron a un acuerdo en esta reunión, pero sin embargo, hubo consenso para continuar trabajando la definición a través del procedimiento del GT-e.

Interesa señalar en tal sentido, que el propio hecho de proseguir analizando el tema, sumado a la implícita aceptación de que nos encontramos frente a normas sanitarias y fitosanitarias privadas, o que los trabajos debían limitarse a las mismas, representa un paso importante habida cuenta de que, como veremos, implica un cambio en la estrategia de aquellos Miembros que se opusieron a aquel primer planteamiento que efectuara San Vicente y Granadinas en el año 2005 negando todo vínculo o deslindando toda responsabilidad respecto a estas normas y a su tratamiento en el ámbito del Comité MSF.

Adicionalmente, a tenor de las posiciones mantenidas en los debates acerca de la definición, surge con meridiana claridad que las preocupaciones planteadas a la propuesta, se circunscribieron al uso de las expresiones "**entidad no gubernamental**" y "**prescripción**"⁷²; la ambigüedad de la expresión "**que guardan relación con**"⁷³; la necesidad de reconsideración del término "**escrita**"⁷⁴ y por último la redacción de la cláusula de descargo.

Con respecto a las primeras cuatro preocupaciones planteadas, los coordinadores recordaron que en el mandato del Comité MSF de elaborar una definición de trabajo de normas privadas sanitarias y fitosanitarias, se utilizan las expresiones "prescripciones" y "entidades no gubernamentales"⁷⁵, siendo ambas expresiones genéricas, no específicas del Acuerdo MSF y por consiguiente, necesaria y apropiada su permanencia en la definición de trabajo. A su vez, en cuanto a la expresión "guarda relación con", los coordinadores consideraron que la misma resulta apropiada, ya que se refiere a **normas privadas sobre cuestiones sanitarias y fitosanitarias**. En cuanto a la expresión "escrita", la opinión de los coordinadores fue que el último texto propuesto en el documento G/SPS/W/281 se basa en la labor precedente del Comité MSF, las observaciones más recientes de los miembros del GT-e y los elementos pertinentes de otras definiciones existentes.

Por último, en cuanto a las preocupaciones sobre la cláusula de descargo, la UE ⁷⁶ planteó sustituir la redacción propuesta por el grupo "*La presente definición de trabajo se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, incluida, aunque no exclusivamente, la cuestión del alcance de ese Acuerdo*"; en los siguientes términos: "*La presente definición de trabajo se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Miembros y no representa las opiniones de los Miembros acerca del alcance del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*".⁷⁷

72 Preocupación planteada por Estados Unidos y la Unión Europea que propusieron sustituir la primera de las expresiones por "organismo privado" y suprimir el término "prescripción".

73 Preocupación planteada por Estados Unidos.

74 Preocupación planteada por Argentina por considerar que el uso del término "escrita" restringe el alcance de la definición, al excluir determinadas prescripciones consuetudinarias.

75 OMC. Decisión del Comité sobre "Medidas acerca de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias" (G/SPS/55).

76 El planteamiento fue apoyado por Estados Unidos aclarando a su vez, que continuaban sus inquietudes en cuanto a la falta de precisión sobre el alcance.

77 El subrayado es de los coordinadores, para señalar las diferencias principales entre los dos textos.

Como conclusiones sobre estos debates, los coordinadores manifestaron que pese al empeño demostrado y a lo poco que faltó para alcanzar el acuerdo, los miembros del GT-e no lograron un consenso acerca del texto propuesto para una definición de trabajo, quedando bloqueada la labor en cuanto a las expresiones "**prescripción**" y "**entidad no gubernamental**".

Vemos en este aspecto, la posible relación que los Miembros vislumbran, a nuestro juicio equivocadamente, entre la elaboración de esta definición de trabajo y lo que consideran como "alcance" del Acuerdo MSF particularmente en lo que respecta al término "entidades no gubernamentales" contenido en el artículo 13, que como demostraremos en este trabajo, algunas argumentaciones que se han sostenido en el ámbito del Comité al respecto, no cuentan con un argumento jurídico convincente y continúan sin ajustarse a las normas que regulan esta materia.

Esto ha provocado sin embargo, un claro retroceso en el camino iniciado en el año 2005 ya que, si bien en el año 2011, los Miembros de la OMC lograron un acuerdo en cuanto a una definición de trabajo sobre las normas privadas, cuatro años después, en la Reunión de marzo de 2015, decidieron suspender los esfuerzos⁷⁸ realizados por el grupo de trabajo establecido para alcanzar dicha definición, después de no haber podido salir del "punto muerto" en que se encontraban (y se encuentran) en torno a este respecto⁷⁹.

Ello, a pesar de que la definición perseguida ni siquiera se constituiría en un precedente legalmente vinculante o podría tener los efectos jurídicos que se le han atribuido. En efecto, el objetivo claramente planteado respecto a la misma, fue proporcionar un marco para limitar el alcance de las cuestiones examinadas por el Comité MSF en relación a las "normas privadas" a la luz de la exhortación hecha por países en desarrollo de alcanzar un compromiso en ese sentido, por los efectos negativos que dichas normas tendrían sobre su sector exportador.

Una lectura atenta del importante número de documentos que se han generado a este respecto, nos lleva a concluir que la mayor dificultad para alcanzar una definición de trabajo radica en que, aunque la mayoría de los miembros dieron su apoyo a la definición propuesta, varios países desarrollados expresaron no poder apoyar la utilización de ciertos términos, justamente "entidad no gubernamental" y también "requisitos".

Si bien abordaremos estos aspectos a título de recomendaciones, en el último capítulo de este trabajo, adelantamos nuestra visión en cuanto a que los hechos antes indicados, deberían alertarnos en cuanto a que quizás no resulte necesario focalizarse tanto en intentar lograr una definición, cuando desde un punto de vista conceptual se tiene claro y los propios Miembros se han encargado de precisar en todos estos años, a qué tipo de "normas privadas" nos estamos refiriendo y qué materia regulan. Creemos entonces que un cambio de estrategia de acción en este sentido, podría permitir avanzar con resultados más tangibles para los intercambios comerciales que resultan condicionados al cumplimiento de estas exigencias privadas.

78 G/SPS/W/276. G/SPS/W/283.

79 OMC. Marzo 2015. Sitio Web OMC.

Lo antes expresado, cobra aún mayor relevancia cuando constatamos que en el mes de julio de 2017, al probarse el cuarto examen de funcionamiento y aplicación del Acuerdo MSF, que precisamente estaba trabado por la temática que nos ocupa, quedaron definidas las medidas que deberán instrumentarse en el ámbito del Comité MSF.

Las recomendaciones⁸⁰ acordadas en el marco de la aprobación de dicho examen marcan un punto de inflexión en el tratamiento de este tema principalmente para aquellas posiciones que han argumentado, acertadamente, la responsabilidad del Comité MSF en la materia. En tal sentido, se cuenta por ejemplo, con un expreso mandato de examinar problemas específicos planteados por los Miembros. Vemos en este sentido, una oportunidad de formalización de estas preocupaciones que suele tener efectos persuasivos para el Miembro que resulta expuesto a un reclamo y además, un medio para focalizar y dirigir energías al logro de resultados.

Adicionalmente, en el cuarto exámen se mandata al Comité a continuar aplicando las medidas 1 a 5⁸¹ acordadas en el documento G/SPS/55 y se lo habilita también a continuar examinando otras cuestiones pendientes, haciendo referencia específicamente a las previstas en el documento G/SPS/W/256⁸² así como a otras actividades pertinentes; instando además a los Miembros y observadores a facilitar información sobre estudios o análisis que hayan llevado a cabo de los que tengan conocimiento.

A partir de esta nueva etapa, quizás resulte adecuado, revisar las estrategias de acción de los Miembros, priorizando no tanto las formalidades de una definición sino la formulación y fundamentación de preocupaciones específicas en forma sistemática además de trabajar sobre alguna de las otras medidas que se especifican en este cuarto examen sobre el particular.

2.5 Evidencia Empírica: Caso citrus, frutales de hoja caduca y arándanos

En la respuesta que efectúa Uruguay⁸³ al cuestionario sobre las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias⁸⁴ realizado por el Comité MSF y recopi-

80 G/SPS/W/280/Rev.2, párrafo 14.20 Recomendaciones, Pág. 29

81 **Medida N° 1:** El Comité MSF debería elaborar una definición de trabajo de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias y limitar sus debates a dichas normas.

Medida N° 2: El Comité MSF debería informar de forma regular al Codex, la OIE y la CIPF de las novedades pertinentes que surjan en su examen de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias e invitar a esas organizaciones a que asimismo informen de forma regular al Comité MSF de las novedades pertinentes que se produzcan en sus ámbitos respectivos.

Medida N° 3: El Comité MSF invita a la Secretaría a informarle de las novedades en otros foros de la OMC que pudieran ser pertinentes para sus debates sobre las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias.

Medida N° 4: Se insta a los Miembros de la OMC a que se mantengan en comunicación con las entidades que se ocupan de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias en sus territorios para sensibilizarlas acerca de las cuestiones planteadas en el Comité MSF y hacer hincapié en la importancia de las normas internacionales establecidas por el Codex, la OIE y la CIPF.

Medida N° 5: El Comité MSF debería estudiar la posibilidad de trabajar conjuntamente con el Codex, la OIE y la CIPF para apoyar la elaboración y/o distribución de material informativo que haga ver la importancia de las normas sanitarias y fitosanitarias internacionales.

82 Este documento plasma otras 7 medidas propuestas sobre las cuales no había consenso en el ámbito del Comité.

83 Disponible en: http://members.wto.org/WTO_resources/SPS/SPS-Private-Standards.

84 OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/SPS/W/232.

ladas posteriormente en un documento que resume 40 respuestas recibidas de 22 Miembros de la OMC⁸⁵, se presentaron entre otros, dos casos de determinación de medidas sanitarias a nivel privado que se aplican a los citrus, frutales de hoja caduca y arándanos.

Estos productos^{86 87} se encuentran de acuerdo al mencionado documento dentro de dos de las tres categorías más afectadas por medidas sanitarias privadas relativas a la inocuidad de los alimentos⁸⁸, y son impuestas mayoritariamente por minoristas (*retailers*) y sus empresas proveedoras.

Las empresas uruguayas cuyas exportaciones deben cumplir dichas normas privadas son en su mayoría PYMES, las que predominan ampliamente en el mencionado sector productor. Son fundamentalmente de capitales nacionales, aunque también existe un número menor de empresas de capitales extranjeros y mixtos (es decir, nacionales y extranjeros). Se trata de empresas integradas producción - comercialización; empresas de productores individuales o agrupados; empresas comercializadoras y proveedoras de servicios frigoríficos. Se destina a la exportación más del 50% de la producción de citrus, más del 95 % de la producción de arándanos y el 10% de la producción de frutas de hoja caduca.

Los principales mercados de exportación de estos productos son la Unión Europea (principales destinos Holanda, Alemania, España, Reino Unido, Portugal, Italia), otros países de Europa, Estados Unidos, Federación Rusa, Canadá, mercados asiáticos (principalmente Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos y China) y países de nuestra región (principalmente Brasil). Estos destinos acumularon en el 2008 más del 90% del volumen exportado.

Las normas privadas que se aplican en cada uno de los mercados de exportación del producto son, para el caso de sistemas colectivos internacionales, los protocolos internacionales colectivos: Globalgap, que es exigido con predominio en las cadenas de valor de la Unión Europea por empresas minoristas (*retailers*) y por importadores de alimentos, BRC, Fair Trade y SA8000; para el caso de sistemas colectivos nacionales, empresas con certificación de protocolos nacionales como USAGAP; y para el caso de sistemas de empresas específicas, Algunas empresas certifican el protocolo Nature's Choice de Tesco, MarkSpencer, Filiere Qualité de Carrefour.

Como expresáramos anteriormente, para los rubros bajo análisis las exigencias privadas que se plantean como problema tienen que ver con la inocuidad alimentaria y específicamente con la aplicación de Límites Máximos de Residuos de Pesticidas (Lmr)

85 OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. Efectos de las Normas Privadas relacionadas con cuestiones Sanitarias y Fitosanitarias - Recopilación de Respuestas. G/SPS/GEN/932/Rev.1.

86 N° SA: Citrus: 0805500000 (AGRIOS O CITRICOS LIMONES CITRUS LIMON FRESCOS); 0805100000 (AGRIOS O CITRICOS NARANJAS FRESCAS); 0805200000 (AGRIOS O CITRICOS MANDARINAS FRESCAS); 0805400000 (AGRIOS O CITRICOS POMELOS FRESCOS); Arándanos: 0810400000 (ARANDANOS AZULES FRESCOS); Frutas de Hoja Caduca: 0808100000 (MANZANAS FRESCAS); 0808201000 (PERAS FRESCAS); 0809301000 (DURAZNOS FRESCOS); 0806100000 (UVAS FRESCAS).

87 La descripción detallada del producto analizado en el presente caso corresponde a fruta fresca, empacada en cajas o bins, encerada y/o desinfectada, del tipo productos frescos bajo Buenas Prácticas Agrícolas y Buenas Prácticas de Manufactura.

88 De acuerdo con el documento G/SPS/GEN/932/Rev.1.Op. Cit., los productos citados un mayor número de veces como productos afectados por las normas privadas son los siguientes: frutas y frutos frescos (códigos 0804, 0805, y 0810 del Sistema Armonizado (SA); y hortalizas frescas (códigos 0701 y 0710 del SA).

más restrictivos que las regulaciones oficiales y con la exigencia de realizar los Análisis Microbiológicos y Químicos en Laboratorios con Acreditación ISO 17025.

Exigencia de Límites Máximos de Residuos de Pesticidas más restrictivos que las regulaciones oficiales.

Para los rubros indicados, las autoridades sanitarias oficiales suelen exigir LMRs más restrictivos que los establecidos por las organizaciones de referencia de la OMC (en este caso Codex Alimentarius)⁸⁹, pero a su vez, las empresas compradoras establecen niveles aún más bajos y controlan la presencia de varios residuos en una muestra. Tal el caso de las siguientes cadenas de supermercados de Alemania e Inglaterra: ALDI: exige un máximo del 80% del LMR de la UE y una presencia máxima de 3 a 5 productos (dependiendo de cuáles sean los productos); PLUS-EDEKA-REWE-METRO GROUP: exige un máximo del 70% de los LMR de la UE; COOP: exige un máximo del 25% de los LMR de la UE; NORMA: exige un 80% de los LMR de la UE sumados y hasta 5 principios activos; SUPER de BOER: exige 50% de los LMR de la UE, dependiendo de los principios activos; KAUF-FLAND: exige 33.3% de los LMR de la UE; KAISER'S-TENGELMANN: exige 70% de los LMR de la UE y de 3 a 5 principios activos, dependiendo de los productos empleados.⁹⁰

De lo anterior se demuestra que las exigencias establecidas a nivel privado son más restrictivas que las regulaciones oficiales de la propia Unión Europea que de por sí superan los límites admitidos en el Codex Alimentarius.

Exigencia de realizar los Análisis Microbiológicos y Químicos en Laboratorios con Acreditación ISO 17025

En la información aportada por Uruguay a los casos de estudio, se identificaron exigencias privadas que imponen realizar análisis microbiológicos y químicos en laboratorios con acreditación ISO 17025. En contraposición a dicha exigencia, los servicios nacionales oficiales, cuentan con infraestructura de laboratorios y utilizan las técnicas analíticas que determina el Codex Alimentarius de acuerdo a las siguientes normas:

- CAC/GL 65 1997 Directivas armonizadas para el control de calidad en los laboratorios de química analítica;
- CODEX STAN 228 2001 Métodos de análisis generales para los contaminantes 1 2004;
- CODEX STAN 234 1999 Métodos Recomendados de Análisis y de Muestreo Recomendados 2 2007;
- CAC/GL 40 1993 Directrices sobre Buenas Prácticas en el Análisis de Residuos de Plaguicidas 1 2003;

⁸⁹ Las disposiciones del Codex Alimentarius, como norma de referencia en la materia han sido establecidas en las siguientes disposiciones: CAC/MRL 1 Lista de Límites Máximos para Residuos de Plaguicidas 2001 y CAC/MRL 3 Lista de Límites Máximos para Residuos Extraños 2001.

⁹⁰ Información aportada por Uruguay al Comité MSF.

- CAC/GL 41 Análisis de Residuos de Plaguicidas: Parte del producto agrícola a la que se aplican los límites máximos del Codex para residuos y que se analiza 1993;
- CAC/GL 27 1997 Directrices para Evaluar la Competencia de los Laboratorios de Ensayo que participan en el Control de Imp. y Exp. de Alimentos; y
- CAC/GL 28 1995 Protocolo Internacional Armonizado de Pruebas de Competencia para Laboratorios de Análisis.

Más allá de que la exigencia no posee una justificación científica demostrada, las normas privadas no aceptan la equivalencia u homologación de las técnicas analíticas empleadas en el país por los laboratorios que realizan los análisis lo que en los hechos se traduce en una restricción injustificada.

Constituye una dificultad relevante, a su vez, el hecho de que en muchos países en desarrollo no existen laboratorios con dicha acreditación y es necesario enviar las muestras a analizar al exterior, con los costos que ello implica. En Uruguay existen organismos de certificación acreditados por los protocolos privados de referencia a nivel internacional (por ejemplo, LATU Sistemas Quality Austria).

De acuerdo con los casos planteados y a tenor de una declaración presentada por la Delegación de Uruguay ante el Comité MSF⁹¹, al ser las normas privadas tan exigentes y costosas, comprometen, por ejemplo, la posibilidad de los pequeños agricultores⁹² de acceder a mercados potenciales, a pesar de estar recibiendo apoyo y capacitación a dichos efectos, operando estas normas privadas como un factor exógeno al mercado, provocando un desequilibrio que favorece a las economías de escala, desplazando a la agricultura familiar.

Los principales efectos negativos sobre el comercio de las normas privadas que surgen de los casos presentados se centran en:

- **Dificultades y obstáculos al comercio**, estando las mayores dificultades vinculadas a las capacidades para la implementación y el mantenimiento, los costos directos e indirectos y la ausencia de adaptabilidad de las normas privadas a las condiciones del país;
- **Costo del cumplimiento de las normas**, básicamente asociado a inversiones tales como: estudio y comprensión de la norma privada (tiempo del personal, entrenamiento, información), asesoramiento externo para la implementación, certificación y mantenimiento. Los costos directos están asociados principalmente a infraestructura, capacitación, análisis, certificación y cambios derivados de nuevas versiones de las normas. Estos costos son muy variables entre empresas con distinto tamaño y producto a certificar, y aún entre empresas del mismo porte, según los recursos naturales y humanos con que cuenten o que existan en la zona de emplazamiento de las mismas, la línea de base o situación de comienzo, el nivel de automatización, manejos, etc.. Existen costos recurrentes (se debe incurrir en ellos todos los años)

91 OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. Declaración del Uruguay en la Reunión de los días 2-3 de abril de 2008. G/SPS/GEN/843. Op. Cit.

92 El 80% de los agricultores de Uruguay son agricultores familiares.

y no recurrentes (se realizan por única vez para la primer certificación); también hay costos tangibles e intangibles. A modo de ejemplo, el costo de los análisis en laboratorios acreditados ISO 17025 mencionado en uno de los casos de estudio es muy alto, por no haber laboratorios con dicha acreditación en el país;

- **Costo de la certificación**, siendo el mismo muy alto para empresas pequeñas y medianas (prácticamente todas las presentes en Uruguay en estos rubros de exportación). En relación a sus escalas, la certificación es mucho más cara para las empresas pequeñas que para las grandes. Pero este costo se hace alto también para las empresas grandes por el tiempo que deben destinar a certificar según cada una de las normas privadas que se les exige. Incide significativamente el hecho de que las normas privadas no toman en cuenta los antecedentes de la empresa, exigiendo lo mismo a una empresa que ha certificado varios años consecutivos sin problemas que a una que recibe su primer auditoría. A su vez, en muchos casos, todo el esfuerzo realizado en la certificación por parte de la empresa no llega a ser visualizado por el consumidor ya que no se utiliza la marca de la norma privada en el punto de venta minorista, de forma que gran parte de la ventaja que podría significar la certificación no se aprovecha. Por otra parte, las normas privadas no contemplan el historial de cumplimiento: no toman en cuenta los antecedentes de la empresa, exigiendo lo mismo a una empresa que ha certificado varios años consecutivos sin problemas que a una que recibe su primer auditoría.
- **Preocupaciones relacionadas con los laboratorios acreditados de certificación:** no siempre existen laboratorios con la certificación ISO 17025, por lo que se debe enviar las muestras a ser analizadas a otros países con el mayor costo y la mayor pérdida de tiempo para recibir el resultado, lo cual implica una dificultad para cumplir con los plazos de la certificación exigidos por la norma privada;
- **Existencia de diferentes normas para el mismo producto**, observándose la proliferación de normas privadas, en diferentes etapas de la cadena y para diferentes clientes y mercados, constituyendo posibles barreras al comercio con terceros países para productores y para empresas que buscan desarrollarse y diferenciarse en el mercado internacional de alimentos. Se verifica asimismo la exigencia, para un mismo producto según su destino, de la certificación de varios estándares de igual alcance, de los cuales la empresa debe cumplir las condiciones más restrictivas de cada uno, siendo el nivel de exigencia mucho mayor que el de cada estándar por separado. Esta multiplicación trae aparejados altos costos por la multiplicación de certificaciones, auditorías, etc.; y
- **Efecto de exclusión de los pequeños productores de la cadena de suministro, afectando el desarrollo**, siendo un problema importante en general y respondiendo en los sectores analizados a una problemática compleja. Las normas privadas no contribuyen a facilitar su acceso a los mercados, dadas las dificultades que sufren en cuanto al acceso a la información y los costos antes mencionados.

2.6 Conclusiones

- 1) De acuerdo a la definición que establece el Acuerdo MSF, las medidas sanitarias y fitosanitarias deben definirse por sujetos de derecho público (Miembros en el concepto OMC) e instrumentarse mediante normas estatales jurídicamente imperativas.
- 2) De acuerdo a la normativa reseñada en este capítulo y a la evidencia empírica presentada, surge que las “normas privadas” objeto de estudio son en esencia, medidas sanitarias y fitosanitarias no estatales establecidas, adoptadas e impuestas por sujetos de naturaleza estrictamente privada, que pueden afectar directa o indirectamente el comercio internacional.
- 3) Las preocupaciones comerciales planteadas por los Miembros en el ámbito del Comité MSF, si bien han permitido instaurar el debate sobre las “normas privadas” al más alto nivel internacional, no han avanzado con la celeridad que ameritaría en atención a sus efectos para el comercio internacional, lo que pone de relieve la conveniencia de revisar las estrategias de acción que se han llevado adelante identificando vías más efectivas que las instrumentadas hasta el presente.

CAPÍTULO III: EL ENTORNO O CONTEXTO NORMATIVO APLICABLE

3.1 Normas y Principios del Derecho Internacional Económico

El Derecho internacional económico tiene como principal objetivo la organización de los intercambios económicos y financieros internacionales y a su respecto se ha expresado que se trata de un ordenamiento que resulta de la intersección de dos disciplinas, el Derecho y la economía, y el ajuste de dos campos de actividades, el Derecho y la diplomacia y, contrariamente a lo que sucede en el ámbito del Derecho del Comercio Internacional, el Derecho Internacional Económico responde al hecho cierto de la intervención pública de diseño del mercado internacional. (Fernandez Rozas, J.C. 2000: Pág: 161-230)

FERNÁNDEZ ROZAS (2000), nos enseña que:

“(..)Se trata de una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de distintos mecanismos institucionales de creciente importancia, que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los frutos de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directivas orientadoras, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios, deben ser tenidas en cuentas por los operadores profesionales y por los jueces y árbitros, y, en suma, son parte esencial del marketing legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo (...)”

Esta organización de los intercambios económicos dio lugar a los procesos de integración de carácter económico que comenzaron a surgir luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, ante la necesidad, entre otros, de ampliar los mercados nacionales, dado que la oferta de bienes resultante de la modalidad de producción industrial de la época, excedía ampliamente la demanda que se generaba en dichos mercados nacionales, hasta ese entonces altamente proteccionistas.

En 1944, en Bretton Woods (New Hampshire) tuvo lugar una Conferencia Monetaria y Financiera en la que se entendió que el crecimiento económico debía lograrse en un plano global, requiriéndose, entre otros, de instituciones como un banco central mundial, que estabilizara la economía mundial; un fondo para la reconstrucción y el desarrollo, que otorgara créditos a países de bajos ingresos; y una organización internacional de comercio, que se ocupara especialmente de la estabilidad de los bienes de exportación.

Se crearon finalmente instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y se suscribió en 1947 el Acuerdo General Sobre Aranceles y Comercio, cristalizándose en este último caso la idea de impulsar un ordenamiento comercial a escala mundial más abierto, estable y transparente y luchar contra el proteccionismo y la discriminación, de modo que, sobre la base de una expansión del comercio se facilite una utilización más completa y eficiente de los recursos mundiales, que redunde en mayores niveles de empleo, ingreso y bienestar.

Dentro del ámbito específico del comercio internacional, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, firmado a fines de 1947 y, desde 1995 la Organización Mundial del Comercio, tienen su origen en esa visión que considera la liberalización del comercio mundial y en general las relaciones de cooperación en las esferas de la actividad comercial y económica, como herramientas para el logro de objetivos que se encuentran concretamente delimitados en los correspondientes textos jurídicos.

Las razones o los motivos para obligarse internacionalmente pueden ser muy variados y de hecho mucho se discutió, y se discute aún, acerca de la conveniencia o no de asumir compromisos y formar parte del sistema multilateral de comercio, pero lo cierto es que el mismo pretendía garantizar una cierta gobernanza mínima para las relaciones comerciales internacionales, dotándolas de transparencia, previsibilidad y estabilidad, dentro de un marco de no discriminación.

En tal sentido, y como se afirmara anteriormente, la conclusión de la Ronda Uruguay⁹³ constituyó un hito histórico en el desarrollo del derecho internacional económico y en la organización institucional y normativa del sistema multilateral derivada de la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), establecida por el "Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio" como

93 El Acuerdo sobre Aranceles y Comercio, suscripto en el año 1947 y que entró en vigor el 1 de enero en 1948 al mismo tiempo que las rebajas arancelarias acordadas para impulsar la liberalización comercial, tuvo como principal característica, sentar las bases para negociaciones multilaterales en el marco de los principios a que hicimos referencia. El sistema multilateral de comercio se desarrolló en tal sentido, a través de "rondas" o negociaciones comerciales. La denominación "Ronda Uruguay del GATT" se utiliza para hacer referencia a la octava y última de las rondas celebradas en ese marco y que se extendió desde 1986 a 1994, concluyéndose en el año 1995 con la creación de la OMC.

institución permanente⁹⁴ dotada de personería jurídica e integrada por ciento treinta y cuatro miembros, de los cuales tres cuartas partes son países en desarrollo. Sus funciones principales, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 3 del Acuerdo de la OMC, son la administración de los acuerdos suscritos, servir como foro de negociación⁹⁵, de resolución de diferencias⁹⁶ y de examen de políticas comerciales⁹⁷.

Interesa destacar que, la mayoría de los Acuerdos de la OMC fueron el resultado de la Ronda Uruguay celebrada, como ya se dijo, entre 1986 y 1994⁹⁸ y fue en virtud de los acuerdos alcanzados durante la misma, que se amplió el marco jurídico internacional a prácticamente la totalidad de los aspectos vinculados al comercio.

Estos Acuerdos implican entonces, la concreción de esfuerzos negociadores que ocuparon por décadas las agendas de la política exterior e internacional y, específicamente, de la política comercial de nuestros países y sus resultados obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de los límites convenidos y a actuar conforme a las reglas acordadas.

Alguno de estos acuerdos, incluido el GATT de 1994, son revisiones de acuerdos multilaterales o plurilaterales que existían ya en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio suscrito en 1947. Otros Acuerdos como el de Servicios, el de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, entre otros, son nuevos⁹⁹.

94 La OMC tiene su sede en Ginebra, Suiza y cuenta con una importante estructura institucional. Está integrada por una Conferencia Ministerial que como autoridad máxima, puede adoptar decisiones sobre todos los aspectos abarcados por cualquiera de los acuerdos comerciales multilaterales y se reúne por lo menos una vez cada dos años. Un Consejo General que integra el segundo nivel dentro de la estructura de la OMC, está compuesto por representantes de todos los países miembros, normalmente estos representantes son embajadores o representantes permanentes con sede en Ginebra. Este Consejo, se encarga de supervisar el funcionamiento del Acuerdo y la aplicación de las decisiones Ministeriales y también actúa como veremos, como Órgano de Solución de Diferencias y como Órgano de Examen de las Políticas Comerciales, para tratar todas las cuestiones comerciales abarcadas por la OMC. Adicionalmente, el Consejo General es el órgano rector del Comité de Negociaciones Comerciales (CNC), responsable de las negociaciones cuya celebración se dispuso en el Programa de Doha para el desarrollo. Cuenta a su vez con distintos órganos subsidiarios que los integran todos los Miembros de la OMC siendo el Consejo del Comercio de Mercancías, que supervisa todas las cuestiones relacionadas con los acuerdos sobre el comercio de mercancías. El Consejo del Comercio de Servicios, que supervisa todas las cuestiones relacionadas con el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS). El Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, que administra el Acuerdo sobre los ADPIC.

El Consejo del Comercio de Mercancías tiene 11 comités que se ocupan de temas abarcados por acuerdos específicos sobre mercancías tales como las medidas sanitarias y fitosanitarias, la agricultura, el acceso a los mercados, las subvenciones, las medidas antidumping, entre otros. Por estar relacionado directamente a nuestro trabajo de investigación, haremos referencia específicamente al Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. La OMC cuenta adicionalmente con una Secretaría especializada que cumple una infinita variedad de funciones de apoyo técnico y administrativo a los distintos órganos.

95 Los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo OMC disponen la función de servir de foro permanente para la celebración de negociaciones comerciales entre sus Miembros y que dichas negociaciones se podrán referir a temas ya tratados en los Acuerdos de la OMC o a "cuestiones nuevas".

96 En el párrafo 3 del artículo III del Acuerdo sobre la OMC se establece que la organización administrará el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), que figura en el Anexo 2 de dicho Acuerdo sobre la OMC.

97 En el párrafo 4 del artículo 3 del Acuerdo sobre la OMC se dispone que la organización administrará el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC) establecido en el Anexo 3 de dicho Acuerdo, como mecanismo de vigilancia de las políticas nacionales que llevan adelante los Miembros.

98 Las negociaciones celebradas con posterioridad a 1994 han dado por resultado textos jurídicos adicionales, como el Acuerdo sobre Tecnología de la Información (ATI).

99 La denominación Acta Final de la Ronda Uruguay de negociaciones abarca el conjunto de acuerdos multilaterales de la octava ronda.

Se siguió en tal sentido, un claro enfoque basado en reglas conformadas por un sistema de acuerdos comerciales totalmente multilaterales en función del criterio llamado “todo único” que implica que dichos acuerdos debían ser aceptados y ser aplicables a todos los Miembros¹⁰⁰. De esta forma, ser miembro de la OMC entraña la aceptación de todos los resultados de la Ronda.

Si bien nos referiremos sólo a los acuerdos que guardan relación con el tema objeto de análisis, cabe señalar a nivel general, que los acuerdos multilaterales indicados, se estructuran de la siguiente manera: un acuerdo general (el Acuerdo por el que se establece la OMC – Acuerdo OMC); cuyo Anexo 1 comprende acuerdos con respecto a cada una de las tres amplias esferas de comercio abarcadas por la OMC, bienes o mercancías (Anexo 1 A); servicios (Anexo 1 B) y propiedad intelectual (Anexo 1 C). El Acuerdo OMC consta asimismo de un Anexo 2 que contempla las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias; además de un Anexo 3 que regula el examen de las políticas comerciales de los gobiernos. En la Figura V, se ilustra el contenido de general de dicho Acuerdo por el que se establecen las reglas del Sistema Multilateral de Comercio.

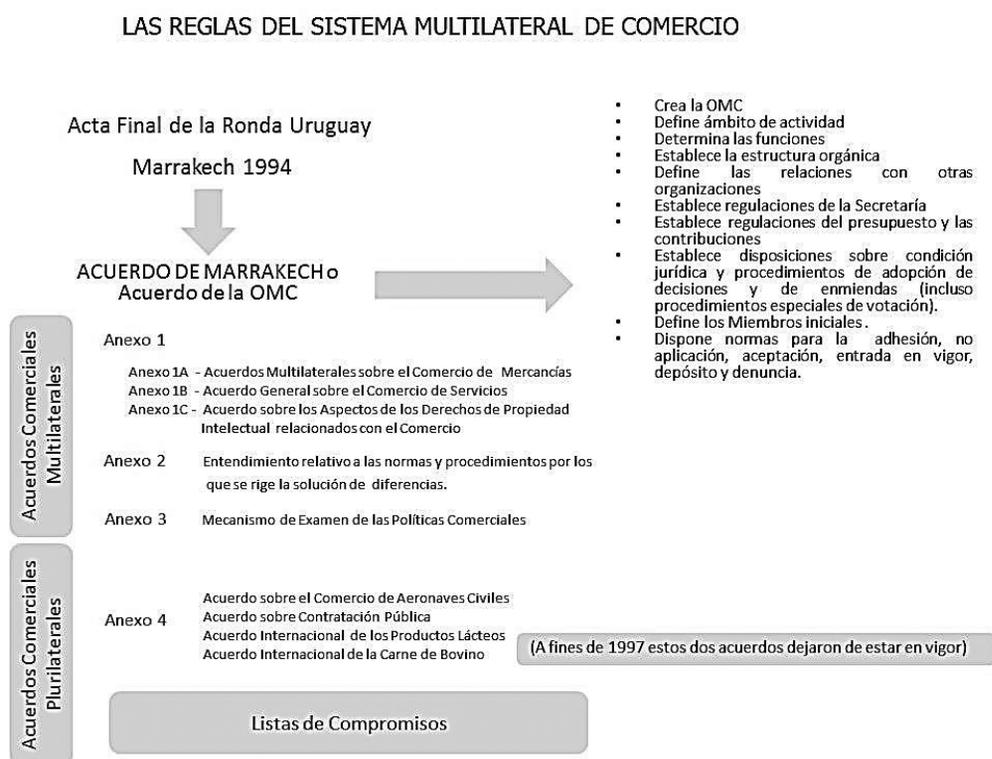


Figura V: Las Reglas del Sistema Multilateral de Comercio
Fuente: OMC

100 Aunque con respecto a la mayoría de los acuerdos se adoptó el enfoque del "todo único", durante la Ronda Uruguay se negociaron también cuatro acuerdos comerciales plurilaterales. Los acuerdos plurilaterales se aplican únicamente a los Miembros que los han aceptado como vinculantes. Durante la Ronda Uruguay se negociaron los siguientes acuerdos plurilaterales: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles, Acuerdo sobre Contratación Pública, Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino. Los dos últimos quedaron sin efecto al final de 1997.

3.1.1 El Acuerdo de Marrakech o Acuerdo de la OMC.

Como se ilustra en la Figura V, el contenido del Acuerdo de la OMC es bastante específico y básicamente abarca las cuestiones institucionales a las que hemos hecho referencia en párrafos anteriores, además de contemplar aspectos de procedimiento, disposiciones sobre adopción de decisiones, entre otros.

Nos interesa destacar especialmente los objetivos contenidos en su preámbulo, a saber: el reconocimiento que efectúan los países miembros en cuanto a que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica, deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva, así como a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales, de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible.

Adicionalmente, en el párrafo 2 de dicho preámbulo se reconoce la necesidad de realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a su desarrollo económico.

El párrafo 3 plasma además, como lo hemos señalado, que la liberalización del comercio mundial y las relaciones de cooperación económica y comercial constituyen herramientas para el logro de los objetivos planteados en cuanto a la reducción sustancial de los aranceles aduaneros, de los obstáculos al comercio, y de la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales.

El Anexo 1 A del Acuerdo de la OMC contiene los “Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías” bajo cuya denominación se comprenden los trece Acuerdos que se indican en la siguiente Figura III y que son esencialmente, los Acuerdos que resultan abarcados por el sistema.

De dichos acuerdos nos interesa específica y particularmente el Acuerdo MSF y de un modo más general el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre Agricultura, los que analizaremos en el marco del conjunto de acuerdos del sistema multilateral del comercio y especialmente del GATT de 1994 y del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) “(...) a los que están vinculados de forma integral. (...)”¹⁰¹

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994) | Acuerdo sobre la Agricultura; | Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF); | Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido; | Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC); | Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC); | Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping); | Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VII del GATT (Valoración en Aduana); | Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición (IPE); | Acuerdo sobre Normas de Origen; | Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación; | Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC); | Acuerdo sobre Salvaguardias.

Figura VI Acuerdos Multilaterales Anexo 1 A del Acuerdo OMC

101 Informe sobre el Comercio Mundial 2005, II El Comercio, Las Normas Comerciales y la OMC – Las normas en el sistema multilateral de comercio pág.143

3.1.2 El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994)

En virtud de este Acuerdo, los miembros de la OMC están sujetos a una serie de obligaciones en materia de no discriminación y acceso a mercados¹⁰² para las mercancías.

Con relación al primero de los aspectos indicados, SABORANIS¹⁰³ nos indica que el principio de no discriminación en los tratados comerciales tiene una doble finalidad; impedir que los miembros discriminen entre sí y a su vez, impedir tratamientos que favorezcan a terceros en detrimento de dichos miembros. Desempeña en tal sentido, la función de impedir que un país obtenga aisladamente, en lugar de multilateralmente, un tratamiento más favorable. Dicho principio, se instrumenta en el GATT fundamentalmente a través de la cláusula de nación más favorecida (artículo 1º) y en la cláusula de trato nacional (artículo 3º).

En lo que respecta al acceso a mercados para las mercancías, la reducción de obstáculos tanto arancelarios como no arancelarios¹⁰⁴ así como el principio de no discriminación y la transparencia, son factores de real incidencia en el funcionamiento del sistema multilateral de comercio.

En tal sentido, los Miembros se obligan en función de dicho acuerdo, a actuar de conformidad con los niveles comprometidos de consolidación de las concesiones arancelarias, a la no imposición de restricciones cuantitativas y, de vital importancia para nuestro análisis, a no imponer medidas de tipo no arancelario que constituyan obstáculos innecesarios al comercio.

Las medidas no arancelarias representan para el sistema multilateral no sólo un aspecto de singular relevancia y preocupación, sino un real desafío en términos de eficacia de los acuerdos concluidos, habida cuenta de su potencial para recurrir a ellas como forma encubierta de restricción al comercio.

Un claro indicativo de la relevancia que se ha dado a estos aspectos para el comercio libre y previsible, está representado por el hecho de que la mayoría de los Acuerdos de la OMC contienen disposiciones sobre acceso de bienes, incluyendo por supuesto a los agropecuarios, tal y como se encuentran definidos en el Anexo I del Acuerdo sobre la Agricultura.

Sin perjuicio de lo anterior, el propio GATT establece una serie de excepciones horizontales a su aplicación, en virtud de las cuales los Miembros de la OMC pueden adop-

102 El acceso a los mercados para las mercancías se refiere a todas las condiciones impuestas y según las cuales, un producto puede entrar en un país.

103 SABORANIS, Jaime Álvarez en: El GATT: Antecedentes y Propósitos en Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, disponible en <http://revistas-colaboraciónjuridiciasunamx/indexphp/jurídica/article/view/10818/9892>

104 Dentro de los obstáculos no arancelarios se incluyen los reglamentos técnicos y las normas (Acuerdo OTC), las medidas sanitarias y fitosanitarias (Acuerdo MSF), la falta de transparencia, aplicación desleal y arbitraria de medidas comerciales (párrafo 3 a) del artículo 10 del GATT); las formalidades y trámites aduaneros (párrafos 1 c) y 3 del artículo VIII del GATT); la inspección previa a la expedición (Acuerdo sobre inspección previa a la expedición, marcas de origen, medidas relativas al transporte en tránsito); normas de origen (Acuerdo sobre Normas de Origen); y los procedimientos para el trámite de licencias de importación (Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación)

tar determinadas medidas que de otro modo serían incompatibles con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC.

Dichas excepciones se establecen, para el caso del comercio de mercancías, en el Artículo XX – Excepciones Generales¹⁰⁵, y a los fines de nuestro estudio nos interesa particularmente la prevista en el literal b), que refiere a medidas necesarias para proteger legítimos objetivos de política pública, entre los que se incluyen: la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, pero exigiéndose en todo momento que no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional.

Un aspecto importante a destacar en relación al *chapeau* del Artículo XX, está referido al objetivo perseguido de prevenir un eventual uso abusivo de las excepciones de carácter general listadas por dicho Artículo, razón por la cual dicho Artículo está formulado no tanto en función de la medida en cuestión o a su contenido específico, sino de la forma en que se aplica, cumpliendo en ese sentido la función de asegurar que el derecho de los Miembros a valerse de las excepciones se ejerza de buena fe y no como medio para eludir sus obligaciones¹⁰⁶.

Para determinar si una medida es “necesaria” para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales de conformidad con el apartado b) del artículo XX, el Órgano de Apelación ha utilizado un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores, incluidos la contribución de la medida al objetivo de política, la importancia de los intereses o valores en juego, y el grado de restricción del comercio que implica.

Si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas a ella, que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio, y que proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido¹⁰⁷.

Por último, a diferencia de los que se plasmó en el Acuerdo de la OMC¹⁰⁸, el GATT de 1994 no prevalece sobre los Acuerdos abarcados, tal y como se encuentra establecido mediante nota interpretativa general al Anexo 1A, en virtud de la cual se aclara que en caso de conflicto entre una disposición del GATT de 1994 y una disposición de cualquiera de los acuerdos abarcados en dicho anexo, prevalecerá, en el grado que haya conflicto, la disposición del acuerdo abarcado de que se trate.¹⁰⁹

105 “(...) A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...) b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; (...)”

106 Informe del Órgano de Apelación, párrafo 215, Brasil – Neumáticos recauchutados.

107 OMC, Excepciones a las normas de la OMC: Excepciones generales, excepciones relativas a la seguridad, acuerdos comerciales regionales, balanza de pagos y exenciones; Módulo 8.

108 El Acuerdo de la OMC prevalece sobre cualquiera de los acuerdos abarcados.

109 Sobre este aspecto y a título de ejemplo de la aplicación de esta nota interpretativa, en el asunto CE-Amianto, el Grupo Especial indicó que los reglamentos técnicos que están al mismo tiempo regulados por el Acuerdo OTC y el GATT

3.1.3 El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF)

El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) al que hicimos referencia en la sección anterior, si bien estableció algunos criterios generales, no disciplinó específicamente la adopción y aplicación de las medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales previstas en el literal b) del citado artículo XX.

En tal sentido, conjuntamente con una serie de arduos debates vinculados al sector agrícola, las restricciones no arancelarias impuestas a los productos agropecuarios, fueron foco de especial atención en el transcurso de las negociaciones llevadas a cabo durante la Ronda Uruguay del GATT.¹¹⁰

Resulta ilustrativo el importante énfasis que el lanzamiento de dicha ronda¹¹¹ puso en cuanto a la necesidad de regular las medidas sanitarias y fitosanitarias, sobre la base de criterios científicos, para reducir los efectos desfavorables en el comercio de productos agropecuarios.

Las disposiciones finalmente consagradas en el Acuerdo MSF ponen de relieve el esfuerzo negociador que hubo de emprenderse para lograr el equilibrio entre las necesidades de proteger la salud sin restringir innecesariamente el comercio.

Al igual que para el Artículo XX del GATT, referido a las excepciones generales permitidas a los Miembros, el preámbulo del Acuerdo MSF consagra el ambicioso objetivo de disponer de un marco jurídico capaz de generar dicho equilibrio a través de la interfaz entre los aspectos técnicos y comerciales involucrados, reconociéndose el derecho de los Miembros a adoptar y aplicar medidas sanitarias (destinadas a proteger la vida y la salud de las personas y de los animales) y fitosanitarias (destinadas a preservar los vegetales y evitar el ingreso de plagas).

De igual modo, el Acuerdo MSF establece una serie de principios y reglas para asegurar que dichas medidas se justifiquen científicamente, no constituyan un medio de discriminación arbitrario e injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones sanitarias o fitosanitarias, así como que no configuren una restricción encubierta del comercio internacional.

deben examinarse en primer lugar en el marco del Acuerdo OTC (CE-Amianto, informe del Grupo Especial, párrafo 8.16). Igual proceder corresponde con respecto al Acuerdo MSF en relación al GATT.

110 Si bien las primeras rondas de negociaciones que se efectuaron a partir del año 1947 se concentraron en la reducción de aranceles, en la Ronda de Kyoto (1970) se comenzaron a plantear los obstáculos derivados de la aplicación de barreras no arancelarias.

111 El lanzamiento de la octava ronda de negociaciones se efectuó con la Declaración de Punta del Este

3.1.3.1 Estructura y contenido del Acuerdo MSF

Para alcanzar los objetivos que reseñamos anteriormente, el Acuerdo MSF contiene un conjunto de disposiciones sustantivas, procedimentales e institucionales que se estructuran en catorce artículos y tres anexos cuyo contenido resumimos en el siguiente cuadro:

Disposición	Contenido	Descripción
Preámbulo	Objetivos	Garantizar que las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o preservar los vegetales no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional.
Artículo 1	Disposiciones Generales - Ámbito	Aplica a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que pueden afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional
Artículo 2	Derechos y Obligaciones básicas	Derecho de los gobiernos a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o de preservar los vegetales y la obligación de adoptar medidas basadas en principios científicos
Artículo 3	Armonización	Basa la armonización de medidas sanitarias y fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones de organizaciones de referencia (CODEX, OIE, IPPC)
Artículo 4	Equivalencia	Determina el reconocimiento de la equivalencia entre medidas sanitarias y fitosanitarias
Artículo 5	Nivel Adecuado de Protección y Evaluación de Riesgos	Consagra el derecho a la determinación del nivel adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria la obligación de evaluar riesgos.
Artículo 6	Regionalización	Determina la necesidad de adaptación a las condiciones regionales, con inclusión zonas libres de plagas o enfermedades y zonas de escasa prevalencias de plagas o enfermedades.
Artículo 7	Transparencia	Establece obligaciones en materia de transparencia.
Artículo 8	Procedimientos	Regula los procedimientos de control, inspección y aprobación
Artículo 9	Asistencia Técnica	Genera responsabilidades en materia de asistencia técnica
Artículo 10	Trato Especial y Diferenciado	Genera responsabilidades en materia de trato especial y diferenciado.
Artículo 11	Solución de Diferencias	Determina los mecanismos de consulta y solución de diferencias.
Artículo 12	Administración del Acuerdo	Crea el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Artículo 13	Aplicación del Acuerdo	Determina las responsabilidades de los Miembros en la aplicación y cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo.
Artículo 14	Disposiciones Finales	Disposiciones sobre vigencia y aplicación temporal.

Figura VII: Estructura y Contenido del Acuerdo MSF.

Anexos al acuerdo msf

ANEXO A	Definiciones
ANEXO B	Transparencia de las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias
ANEXO C	Procedimientos de Control, Inspección y Aprobación

Figura VIII: Anexos al Acuerdo MSF

Fuente: Acuerdo MSF

3.1.3.2 Ámbito de aplicación del Acuerdo MSF.

Como hemos expresado al tratar en el Capítulo I el concepto de medida sanitaria y fitosanitaria, el Acuerdo MSF es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional y obliga a que dichas medidas se elaboren y apliquen de conformidad con las disposiciones del Acuerdo¹¹². (Destacado nuestro). En el Anexo A del Acuerdo, se especifica el concepto de medida sanitaria y fitosanitaria en función del objetivo de la misma, aspecto que ya hemos considerado en la oportunidad antes indicada por lo que no profundizaremos sobre el particular en este punto, salvo para recordar que el Acuerdo no se aplica a las medidas de protección del medio ambiente (distintas de las definidas supra) o de los intereses de los consumidores ni a las adoptadas en defensa de los animales. Estas últimas medidas, quedan sin embargo, cubiertas por el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el GATT de 1994 en su artículo XX.

3.1.3.3 Derechos y Obligaciones consagrados en el Acuerdo MSF.

- Derecho a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias.

El Acuerdo reconoce el derecho de los países a establecer sus propias reglamentaciones, al tiempo que aclara, como ya se mencionó, la necesidad de que las mismas estén fundadas en principios científicos, de que se apliquen únicamente en la medida que sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, así como de que no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares.

Vale decir, el derecho de los países a adoptar dichas medidas se encuentra supeditado a la necesaria condición de que las mismas no sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo. (BRANES, R. y REY, O. 2001)

En ese sentido, a los efectos de asegurar la transparencia, el Acuerdo MSF prevé que para establecer medidas sanitarias y fitosanitarias, los países deben efectuar una evaluación apropiada de los riesgos reales existentes y, de serles solicitado, dar a conocer los factores que han tomado en consideración, los procedimientos de evaluación que han utilizado y el nivel de riesgo que estiman aceptable, así como notificarlas a los demás países cuyo comercio pudiese verse afectado.

¹¹² Artículo 1 Derechos y obligaciones básicos, numeral 1 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

- Armonización Internacional.

En el Anexo A del Acuerdo se define el término “Armonización” como: “*Establecimiento, reconocimiento y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias comunes por diferentes Miembros*”. El Acuerdo alienta a los Miembros a que utilicen las normas, directrices y recomendaciones internacionales, cuando ellas existan, si bien pueden aplicar medidas más rigurosas que las internacionales si hay justificación científica para ello.

Si un país basa su legislación en las normas, directrices y recomendaciones elaborada por las Organizaciones Internacionales de referencia, se presumirá que la misma es compatible con las disciplinas de la OMC. No obstante, pueden establecer asimismo, normas más rigurosas sobre la base de una evaluación adecuada del riesgo, siempre y cuando la técnica sea coherente y no arbitraria.

El Acuerdo MSF reconoce entonces, la autoridad de tres organismos internacionales de referencia, altamente especializados, con facultad de proveer normas sanitarias y fitosanitarias internacionales, elaboradas bajo un marco muy riguroso, facilitando a los gobiernos el establecimiento de medidas nacionales que estén en consonancia con las normas, directrices y recomendaciones internacionales: la Comisión del Codex Alimentarius (CCA), la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF), conocidos como “Las “Tres Hermanas”¹¹³.

Cada una de estas organizaciones internacionales de naturaleza gubernamental, se ocupan en sus respectivos ámbitos de actuación y mediante rigurosos procedimientos de análisis y consulta previos, no sólo de priorizar las normas a desarrollar, sino de elaborarlas y aprobarlas en ámbitos donde los respectivos miembros tienen su voz y su voto además de contar con posibilidades de incidir en el proceso.

En términos muy generales y sin detenernos en la importante labor normativa que desarrollan estas organizaciones, ni en la labor de coordinación que efectúan con la OMC y particularmente con el Comité MSF, indicamos a continuación el ámbito de actuación de estas dichas organizaciones internacionales:

1. El Codex Alimentarius¹¹⁴ se ocupa principalmente de los aspectos de inocuidad y calidad de los alimentos. Su función principal es elaborar las normas internacionales para la seguridad alimentaria, la protección de la salud del consumidor, garantizar prácticas leales en el comercio de alimentos y coordinar todos los trabajos sobre normas alimentarias, emprendidos por las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales¹¹⁵.
2. La Convención Internacional de Protección Fitosanitaria¹¹⁶, a través de su Comisión, se ocupa de las Normas Internacionales sobre Medidas Fitosanitarias y cuenta con un nutrido programa anual de trabajo para su elaboración.

113 BID – 2008. Carta Mensual N° 142. Seminario sobre medidas sanitarias y fitosanitarias para países de América Latina. En: <http://www.iadb.org/intal/cartamensual/cartas/Articulo.aspx?Id=42eda819-b32e-4770-b3b8-85e4a9d4d674>

114 Órgano subsidiario de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, FAO y la Organización Mundial de la Salud, OMS.

115 Información disponible en: <http://www.codexalimentarius.org/codex-home/es/>

116 Órgano subsidiario de la FAO

3. La Organización Internacional de Epizotias (OIE), es competente en materia de sanidad animal y también ha desarrollado una importante labor normativa que entre otras, se refleja claramente en el Código Sanitario para la reglamentación del comercio de animales y productos de origen animal.

Los trabajos de cada una de esas tres organizaciones, dentro de sus respectivas competencias especializadas, van configurando también las reglas para el comercio internacional de productos agroalimentarios. Sin embargo, cuestiones no abarcadas en el ámbito de aplicación de las mismas, podrán quedar sujetas a las normas, recomendaciones y directrices apropiadas, promulgadas por otras organizaciones internacionales competentes, que sean identificadas por el Comité MSF y en las que participen todos los Miembros de la OMC.

Este proceso de armonización internacional que se desarrolla por parte de las organizaciones indicadas, está sujeto a la vigilancia del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC a través de los procedimientos que a dichos efectos han aprobado sus Miembros.¹¹⁷

- Equivalencia y su alcance.

El Artículo 4° del Acuerdo establece el compromiso de los Miembros de aceptar medidas equivalentes a las suyas propias partiendo de la base de que distintas medidas pueden lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria exigido por el país Miembro importador. En ese sentido, dicho artículo señala:

“1. Los Miembros aceptarán como equivalentes las medidas sanitarias o fitosanitarias de otros Miembros, aun cuando difieran de las suyas propias o de las utilizadas por otros Miembros que comercien con el mismo producto, si el Miembro exportador demuestra objetivamente al Miembro importador que sus medidas logran el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador. A tales efectos, se facilitará al Miembro importador que lo solicite un acceso razonable para inspecciones, pruebas y demás procedimientos pertinentes.

2. Los Miembros entablarán, cuando reciban una solicitud a tales efectos, consultas encaminadas a la conclusión de acuerdos bilaterales y multilaterales de reconocimiento de la equivalencia de medidas sanitarias o fitosanitarias concretas”.

Este concepto se reafirma en la Decisión sobre la Aplicación del Artículo 4° del Acuerdo Sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias¹¹⁸, aprobada por el Comité MSF que establece en la parte expositiva lo siguiente: *“(...) la equivalencia de las medidas sanitarias o fitosanitarias no requiere la duplicación ni la identidad de las medidas sino la aceptación de medidas alternativas que permitan alcanzar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador”*

117 Los procedimientos se desarrollan en los documentos G/SPS/11/Rev. 1 y G/SPS/40

118 Documento G/SPS/19 Rev. 2.

La equivalencia puede aceptarse para una medida específica, o para medidas relativas a un producto determinado o una categoría determinada de productos, o al nivel de los sistemas.

Con miras a facilitar la aplicación del artículo 4, un Miembro importador, a solicitud de un Miembro exportador, deberá explicar el objetivo y la razón de ser de la medida, e identificar claramente los riesgos a que está destinada a hacer frente. El Miembro importador deberá indicar, igualmente, el nivel adecuado de protección que su medida sanitaria o fitosanitaria pretende lograr.¹¹⁹

Un Miembro importador deberá responder oportunamente a cualquier petición de un Miembro exportador de que se examine la equivalencia de sus medidas, para lo cual se ha establecido un plazo prudencial de seis meses. El Comité MSF, continuó considerando la aplicación práctica de este principio y en junio del 2012, aprobó el procedimiento recomendado para la notificación de la determinación del reconocimiento de la equivalencia de las medidas sanitarias y fitosanitarias.¹²⁰

De conformidad con esos procedimientos recomendados, cuando un país ha llevado a cabo una determinación por la que se reconoce como equivalente una medida sanitaria y fitosanitaria de otro país, debería proceder a una notificación de las medidas que se han reconocido y de los productos a los que afecta.

A los efectos de la notificación, la equivalencia se define como “el estado por el cual las medidas sanitarias aplicadas por un país exportador, aunque fueran diferentes de las medidas aplicadas en un país importador, alcanzan, según haya demostrado el país exportador y reconocido el país importador, el nivel apropiado de protección sanitaria del país importador”.

- Evaluación de los riesgos.

El artículo 5 del Acuerdo establece que los Miembros “se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes”.

En el Anexo A párrafo 4 se define la evaluación del riesgo como: “la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las MSF que pudieran aplicarse, así como, de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; o evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas y los piensos”

119 Para ello, los Miembros deberán tener en cuenta las Directrices para fomentar la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5, adoptadas por el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias en su reunión celebrada los días 21 y 22 de junio de 2000 (documento G/SPS/15, de fecha 18 de julio de 2000).

120 G/SPS/7/Rev.2/Add.1

El análisis del riesgo es un proceso que permite identificar y evaluar el riesgo y determinar el nivel apropiado de protección sanitaria y fitosanitaria, y que incorpora tres componentes: 1) Evaluación del riesgo; 2) Gestión del Riesgo y; 3) Comunicación del riesgo.

LARACH (Diciembre, 2003) expresa estos aspectos de la siguiente forma:

“El análisis de las actividades de evaluación, gestión y difusión de la información del riesgo deben basarse en los principios científicos y en la evidencia, revisando e incorporando todos los antecedentes relevantes existentes a la fecha, que asegure calidad y seguridad en la oferta alimentaria. Es una evaluación científica de los efectos adversos producidos por los alimentos.

En el transcurso del proceso de evaluación del riesgo, se identifican los efectos actuales y potenciales adversos asociados al alimento, se evalúan esos efectos y se identifica y caracteriza el peligro sanitario y fitosanitario. Las medidas elegidas, no más restrictivas que las requeridas para lograr un nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, tienen en cuenta su viabilidad técnica y económica.

La evaluación del riesgo también incluye las opciones de gestión del riesgo. Este es un elemento importante en el análisis del riesgo y se define como un proceso que pondera las alternativas de política resultantes de la evaluación del riesgo. Se identifican las opciones y se selecciona la más apropiada para proteger la salud humana. La incertidumbre y la habilidad de la gestión del riesgo para recomendar la o las opciones apropiadas dependerán en gran medida de los recursos disponibles y de la oportunidad en que se lleve a cabo”. (Pág. 23-24)

- Nivel Adecuado de Protección.

El Acuerdo MSF impone tácitamente la obligación de determinar el nivel adecuado de protección, que se encuentra específicamente definido en el Anexo A literal 5 como el “Nivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio”. En la Nota que figura al final de dicho párrafo, se aclara que muchos Miembros se refieren a este concepto utilizando la expresión “nivel de riesgo aceptable”.

El párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ("Acuerdo MSF") estipula que:

“Con objeto de lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra los riesgos tanto para la vida y la salud de las personas como para las de los animales o la preservación de los vegetales, cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Los Miembros colaborarán en el Comité, de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 12, para elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica de la presente disposición. Al elaborar esas directrices el Comité tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, con inclusión del carácter excepcional de los riesgos para la salud humana a los que las personas se exponen por su propia voluntad”.

De lo anterior se desprende que si bien los Miembros pueden decidir el nivel de riesgo que están dispuestos a asumir y son los que determinan que es lo “adecuado” o no en función de distintos factores o variables que pueden surgir (referidos a aspectos tales la prevalencia de enfermedades en una determinada zona, la geografía, la demografía, los valores culturales entre otros), el Acuerdo establece ciertos parámetros los que deberán ajustarse.

Estos parámetros están representados por la obligación que asumen los Miembros en el Acuerdo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio, de aplicar medidas sanitarias y fitosanitarias que no entrañen un grado de restricción mayor al requerido (cuando exista una medida razonablemente disponible para lograrlo), así como evitar distinciones arbitrarias e injustificables en los niveles a considerar en distintas situaciones, conforme a lo previsto en el párrafo 5 del artículo 5 antes indicado. Vale decir, se exige a los Miembros coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección.

Para aclarar las consecuencias prácticas de las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5, los Miembros de la OMC adoptaron el 18 de julio de 2000 las “Directrices para fomentar la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5”¹²¹, que constituyó:

*“(...) la culminación de los constantes esfuerzos del Comité para promover la aplicación coherente del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria. Las directrices tienen por objeto ayudar a los funcionarios nacionales encargados de la reglamentación a evitar distinciones arbitrarias o injustificables en el nivel de riesgo para la salud que consideren adecuado en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio (...)”*¹²²

121 Documento G/SPS/15.

122 Documento G/SPS/GEN/510 de 20 de diciembre de 2004. Examen de Funcionamiento y Aplicación del Acuerdo MSF.

Interesa destacar las referidas directrices están destinadas a proporcionar asistencia a los Miembros en la aplicación práctica de las disposiciones del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF, sin que ello implique un aumento o disminución de los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud del Acuerdo MSF o de cualquier otro Acuerdo de la OMC, o que se interprete o modifique dicho acuerdo.

- Regionalización

El artículo 6 numeral 1 del Acuerdo establece que:

“Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se adapten a las características sanitarias o fitosanitarias de las zonas de origen y de destino del producto, ya se trate de un país, de parte de un país o de la totalidad o partes de varios países. Al evaluar las características sanitarias o fitosanitarias de una región, los Miembros tendrán en cuenta, entre otras cosas, el nivel de prevalencia de enfermedades o plagas concretas, la existencia de programas de erradicación o de control y los criterios o directrices adecuados que puedan elaborar las organizaciones internacionales competentes”.

La base fundamental de esta disposición, que consagra el principio de Regionalización, radica en el reconocimiento de que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben establecerse considerando las condiciones particulares de las zonas de origen y de destino de los productos.

Ello deriva de la aplicación de un criterio técnico combinado con la premisa fundamental de que las medidas no se conviertan en obstáculos innecesarios. En efecto, son los diferentes estatus sanitarios y fitosanitarios caracterizados por la ausencia, existencia o prevalencia de determinadas plagas o enfermedades determinantes a la hora de justificar la adopción de determinada medida de restricción.

- Transparencia

El artículo 7º del Acuerdo establece que *“Los Miembros notificarán las modificaciones de sus medidas sanitarias o fitosanitarias de conformidad con las disposiciones del Anexo B”.*

El Anexo B contiene dos prescripciones referidas a la publicación de las reglamentaciones dirigidas a dar previsibilidad a los Miembros y por ende a los interlocutores comerciales de las medidas sanitarias y fitosanitarias. En efecto, se genera por un lado la obligación de dar publicidad a las mismas a través de su publicación una vez adoptadas y la obligación de prever un plazo prudencial entre dicha publicación y la entrada en vigencia para que los productores de los miembros exportadores y en especial de los países en desarrollo Miembros, puedan adaptar sus productos y métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador. La previsibilidad que se pretende lograr, se complementa con la oportunidad que se otorga a los Miembros que lo soliciten, de que se les explique y justifique los motivos que llevaron a la adopción de determinadas medida sanitaria y fitosanitaria.

Adicionalmente, se consagra la obligatoriedad de notificar por conducto de la Secretaría de la OMC, la adopción o propuesta de modificación de medidas sanitarias y fitosanitarias cuando no exista una norma, directriz o recomendación internacional o cuando el contenido de una reglamentación sanitaria o fitosanitaria en proyecto, no sea en sustancia el mismo que el de una norma, directriz o recomendación internacional y siempre que esa reglamentación pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros. La única excepción que se establece en este aspecto, es la existencia de problemas urgentes de protección sanitaria en cuyo caso el Miembro puede omitir los trámites de dicho procedimiento de notificación si cumple con las condiciones que se indican en los literales a), b) y c) del numeral 6 del Anexo B¹²³.

- Procedimientos de control, inspección y aprobación

Los procedimientos de control, inspección y aprobación también han sido objeto de disciplinamiento en el Acuerdo, y es lógico que así sea en tanto los mismos son un componente esencial de las actividades que ejecutan las autoridades competentes en materia sanitaria y fitosanitaria para corroborar el cumplimiento de las medidas dispuestas.

Estable en ese sentido el artículo 8 que: *“Los Miembros observarán las disposiciones del Anexo C al aplicar procedimientos de control, inspección y aprobación con inclusión de los sistemas nacionales de aprobación del uso de aditivos o de establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, en las bebidas o en los piensos, y se asegurarán en lo demás que los procedimientos no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo”*.

Si bien el Acuerdo no nos aporta una definición de la expresión “Procedimientos de control, inspección y aprobación”, ha sido lo suficientemente amplio en la formulación que efectúa en el artículo indicado con lo cual resultada ajustado concluir que abarca toda actividad que desarrollen los Miembros a los efectos de corroborar el cumplimiento de las normas oficiales que contemplan las medidas sanitarias o fitosanitarias dispuestas.

Una análisis del tratamiento que efectúan las organizaciones internacionales de referencia con respecto a estos procedimientos, nos permite indicar que sin perjuicio de las diferencias que pueden haber por las características propias de cada temática (sanitaria o fitosanitaria), las normas de esas organizaciones contemplan siempre dentro de esos procedimientos, los de prueba o análisis, las inspecciones físicas propiamente dichas, sea en origen o en destino, a productos o procesos y toda actividad destinada a certificar el cumplimiento de las exigencias establecidas.

Estos procedimientos están a cargo de los organismos nacionales competentes en materia sanitaria y fitosanitaria, que son quienes han asumido la responsabilidad de garantizar hacia el ámbito interno que los productos importados no sean portadores de plagas o enfermedades que puedan afectar la salud humana, animal o vegetal. De igual modo, en virtud del Acuerdo MSF, son los Miembros a través de los organismos competentes quienes tienen la responsabilidad internacional de que los procedimientos que aplican y la certificación que emiten en los procesos de exportación pertinentes, cumplan con los requerimientos de los países de destino.

El Anexo C del Acuerdo aborda algunos aspectos de dichos procedimientos que configuran verdaderas reglas limitativas que deben ser consideradas a la hora de verificar como de certificar el cumplimiento de las exigencias.

Interesa destacar la obligación básica de no discriminación que inspira todo el acuerdo y que se reitera en el párrafo 1 a) del Anexo C con meridiana claridad al establecerse que: *“Con respecto a todos los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros se asegurarán: a) de que esos procedimientos se inicien y ultimen sin demoras indebidas y de manera que no sean menos favorables para los productos importados que para los productos nacionales similares”*

- Asistencia Técnica

El artículo 9º del Acuerdo establece obligaciones específicas para los Miembros en materia de Asistencia Técnica y ello deriva del reconocimiento en cuanto a que algunos Miembros, especialmente los exportadores de países en desarrollo, pueden tener dificultades para adecuar sus sistemas de producción y de control a las exigencias en materia sanitaria y fitosanitaria.

La asistencia técnica es concebida en forma amplia por el acuerdo y puede adoptar la forma de asesoramiento, formación, equipamientos, etc. Una lectura del documento G/SPS/GEN/206, elaborado por la Secretaría a solicitud del Comité MSF, brinda a los Miembros orientaciones en cuanto a las clases de asistencia técnica que podrían ser solicitadas en el marco de las disposiciones del Acuerdo MSF. Se señalan en el documento indicado, las siguientes categorías: Información, Capacitación, Creación de infraestructura de servicios y Creación de infraestructura física.

Vale la pena destacar entonces, que el Acuerdo MSF a la vez de disciplinar el establecimiento de medidas sanitarias y fitosanitarias, impone la obligación de llevar adelante una serie de acciones por lo que, tanto el establecimiento del nivel adecuado de protección como la propia medida, pueden estar acompañados de requerimientos de Asistencia Técnica en determinadas situaciones.

- Trato especial y diferenciado.

El Acuerdo MSF incorpora medidas de trato especial y diferenciado para los países en desarrollo y países menos adelantados y estipula que las necesidades especiales de estos países, deberán ser tomadas en cuenta cuando los países elaboren y apliquen las MSF. Se otorgan sobre esas bases, plazos más largos para el cumplimiento de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias nuevas o se conceden excepciones específicas de carácter temporal.

El Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, adoptó un Procedimiento para Aumentar la Transparencia del Trato Especial y Diferenciado en Favor de los Países en Desarrollo Miembros.¹²⁴

124 Documento G/SPS/33/Rev.1.

3.1.3.4 Administración del Acuerdo MSF.

En virtud del Acuerdo MSF, se estableció un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias con el objetivo de proporcionar un foro para las consultas relativas a esta materia y que afectan el comercio, y para garantizar la aplicación del Acuerdo.

Son funciones del Comité:

- servir regularmente de foro para celebrar consultas sobre todas las cuestiones relacionadas con la aplicación del Acuerdo MSF y para la consecución de sus objetivos, especialmente en materia de armonización (párrafo 1 del artículo 12);
- vigilar el proceso de armonización internacional y la utilización de normas, directrices o recomendaciones internacionales y coordinar los esfuerzos en ese sentido con las organizaciones internacionales competentes (párrafo 5 del artículo 3 y párrafo 4 del artículo 12);
- fomentar y facilitar la celebración entre los Miembros de consultas o negociaciones ad hoc sobre cuestiones sanitarias o fitosanitarias concretas (párrafo 2 del artículo 12);
- promover el aumento de la coordinación y la integración entre los sistemas y métodos nacionales e internacionales para la aprobación del uso de aditivos alimentarios o el establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos (párrafo 2 del artículo 12);
- elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5, en el que se dispone que los Miembros están obligados a evitar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que consideren adecuados en diferentes situaciones (de riesgo), si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional (párrafo 5 del artículo 5);
- conceder a los países en desarrollo Miembros excepciones específicas y de duración limitada, totales o parciales, al cumplimiento de las obligaciones que establece el del Acuerdo MSF, previa solicitud, teniendo en cuenta sus necesidades en materia de finanzas, comercio y desarrollo (párrafo 3 del artículo 10);
- lograr el mejor asesoramiento científico y técnico que pueda obtenerse a efectos de la administración del Acuerdo a fin de evitar toda duplicación innecesaria de la labor manteniendo un estrecho contacto con las organizaciones internacionales competentes, en particular la Comisión del Codex Alimentarius, la Organización Mundial de Sanidad Animal y la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria. El Comité puede decidir utilizar la información generada por los procedimientos, especialmente en materia de notificación, vigentes en las organizaciones internacionales competentes (párrafo 3 del artículo 12 y párrafo 5 del artículo 12);
- invitar, a iniciativa de uno de los Miembros de la OMC, a las organizaciones internacionales competentes (o sus órganos auxiliares) a examinar cuestiones concretas que se hayan puesto a su consideración y que se refieran a una determinada norma, directriz o recomendación sanitaria o fitosanitaria (párrafo 6 del artículo 12);

- examinar el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo MSF y presentar al Consejo del Comercio de Mercancías propuestas para modificar el texto del Acuerdo (párrafo 7 del artículo 12).

Normalmente el Comité MSF celebra tres reuniones ordinarias al año en la sede de la OMC en Ginebra y adopta sus decisiones por consenso. Las reuniones ordinarias del Comité MSF suelen durar dos días y pueden ir precedidas de una o varias reuniones informales para debatir temas específicos.

Las preocupaciones comerciales específicas derivadas de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias es uno de los aspectos de particular relevancia en las agencias del Comité para los países Miembros.

3.1.3.5 Implementación del Acuerdo: el Artículo 13 del Acuerdo MSF.

El Artículo 13 del Acuerdo MSF establece:

“En virtud del presente Acuerdo, los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas.

Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del gobierno central.

Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo.

Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo.

Los Miembros se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo.”

Este artículo ha sido uno de los más controvertidos a propósito de las preocupaciones que se han planteado con las “normas privadas. Christiane Wolff (Conferencia OIE 2008,

pág. 103)125, con su acostumbrada elocuencia, sintetiza la cuestión en los siguientes términos:

“(…) ¿Se aplica el Acuerdo MSF a las normas privadas? Los miembros de la OMC tienen opiniones divergentes al respecto, a causa, entre otros motivos, de las distintas interpretaciones que se hacen del Artículo 13 del acuerdo. Varios miembros de la OMC consideran que dicho artículo obliga a los miembros a asegurarse de que los organismos que elaboran normas privadas en sus territorios cumplen el acuerdo, mientras que otros discuerdan.

Las tres últimas frases del Artículo 13 mencionan a las “entidades no gubernamentales” sin definir las y en tal sentido las opiniones se dividen también entre quienes opinan que comprende las entidades que elaboran normas privadas mientras otros opinan que solo incluye a las normas de aquellas entidades a las cuales los gobiernos hayan encargado alguna actividad vinculada al Acuerdo MSF¹²⁶ (…)”.

El análisis de esta espinosa cuestión se hará más adelante, en tanto constituye precisamente el meollo del debate internacional que forma parte esencial de nuestro razonamiento en torno al objeto de estudio.

3.1.3.6 Consulta y Solución de Diferencias en el Acuerdo MSF

El Acuerdo MSF contiene una disposición específica en materia de consultas y solución de diferencias que se plasma en el artículo 11 y que establece:

- “1. Las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, serán aplicables a la celebración de consultas y a la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, salvo que en éste se disponga expresamente lo contrario.*
- 2. En una diferencia examinada en el marco del presente Acuerdo en la que se planteen cuestiones de carácter científico o técnico, el grupo especial correspondiente deberá pedir asesoramiento a expertos por él elegidos en consulta con las partes en la diferencia. A tal fin, el grupo especial podrá, cuando lo estime apropiado, establecer un grupo asesor de expertos técnicos o consultar a las organizaciones internacionales competentes, a petición de cualquiera de las partes en la diferencia o por propia iniciativa.*

125 Christiane Wolff: Consejera, Dirección de Agricultura y Productos Básicos de la Organización Mundial del Comercio en “LAS NORMAS PRIVADAS Y EL COMITÉ DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS DE LA OMC” - Conf. OIE 2008, pág. 103.

126 El documento G/SPS/GEN/802, presentado por el Reino Unido, contiene un análisis detallado del Artículo 13 y de otros artículos de los Acuerdos MSF y OTC. Asimismo, este documento presenta un análisis jurídico no oficial realizado por O'Connor and Company, bufete de abogados de Bruselas.

3. *Ninguna disposición del presente Acuerdo menoscabará los derechos que asistan a los Miembros en virtud de otros acuerdos internacionales, con inclusión del derecho de recurrir a los buenos oficios o a los mecanismos de solución de diferencias de otras organizaciones internacionales o establecidas en virtud de un acuerdo internacional*". (Destacado nuestro)

Como se deriva de la norma indicada, en materia de Consultas y Solución de Diferencia relacionadas a medidas sanitarias y fitosanitarias, **se efectúa una remisión a las disposiciones de los artículo XXII y XIII del GATT de 1994 con lo cual, las eventuales diferencias que puedan surgir en virtud del Acuerdo MSF, están sujetas a jurisdicción del Órgano de Solución de diferencias de la OMC.**

Consistente con dicha disposición, el artículo 1º numeral 1 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, al determinar su ámbito de aplicación, establece que las normas y procedimientos de dicho entendimiento, serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, entre los que se encuentra como vimos, el Acuerdo MSF.

En tal sentido, un eventual accionamiento motivado en la aplicación del Acuerdo MSF, quedará regulado por lo previsto en el numeral 2 del artículo 11 ut supra citado que mandata al grupo especial a recurrir al asesoramiento de expertos cuando se planteen **cuestiones de carácter científico o técnico**, en un reconocimiento expreso al particular rol de la ciencia en las cuestiones vinculadas a la materia sanitaria y fitosanitaria.

Adicionalmente, el derecho que se reconoce a los Miembros a recurrir a los buenos oficios o a los mecanismos de solución de diferencias de otras organizaciones internacionales, son coherentes con la estrategia de remisión y reconocimiento que adoptó el acuerdo MSF respecto a las que considera organizaciones de referencias (CODEX, OIE, CIPF). Nada impide por ende que un Miembro decida someterse a los mecanismos que dichas organizaciones prevén para dirimir controversias derivadas de la aplicación de las disposiciones de los acuerdos normativos que les dieron origen.

Otro aspecto de importancia para precisar, es que en caso de discrepancias¹²⁷ sobre las normas y procedimientos aplicables, priman los especiales que el Acuerdo MSF consagra sobre las previstas en el ESD; y que, cuando se planteen diferencias en torno a más de un acuerdo abarcado sin que las partes se pongan de acuerdo en las normas y procedimientos aplicables, corresponde al Presidente del OSD determinarlas bajo la premisa de evitar los conflictos que puedan originarse¹²⁸.

127 El artículo 1 del ESD, en su párrafo 2 establece que: "(...) Las normas y procedimientos del presente Entendimiento se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y se identifican en el Apéndice 2 del presente Entendimiento en la medida en que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del presente Entendimiento y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2 (...)".

128 El artículo 1 párrafo 2 in fine del ESD establece que "El Presidente se guiará por el principio de que cuando sea posible se seguirán las normas y procedimientos especiales o adicionales, y de que se seguirán las normas y procedimientos establecidos en el presente Entendimiento en la medida necesaria para evitar que se produzca un conflicto de normas".

De lo anteriormente expresado, se desprende claramente el vínculo o relación existente entre ambos Acuerdos a la hora de generarse consultas o diferencias sobre la materia sanitaria o fitosanitaria.

3.1.4 El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos del Comercio

El Acuerdo OTC consagra principios fundamentales como el de no discriminación, previsibilidad, asistencia técnica, trato especial y diferenciado, que son comunes a otros Acuerdos de la OMC. Contiene también disposiciones específicas relacionadas con el desarrollo, adopción y aplicación de medidas que afectan el comercio de productos, destacando la importancia de utilizar normas internacionales y evitar que las mismas se transformen en obstáculos injustificados al comercio.

El artículo 1° “Disposiciones Generales” establece en el numeral 1.3 que “*Todos los productos, comprendidos los industriales y los agropecuarios, quedarán sometidos a las disposiciones del presente Acuerdo*” y, en tal sentido, su ámbito de aplicación es más amplio que el Acuerdo MSF. Como hemos visto además, el numeral 1.5 aclara expresamente que “*Las disposiciones del presente Acuerdo no son aplicables a las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Anexo A del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*”, con lo cual los ámbitos de aplicación de ambos acuerdos se excluyen entre sí. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que muchas veces la normativa que aplican los Miembros de la OMC se efectúa a los efectos de lograr más de un objetivo o propósito con lo cual, puede resultar alcanzada por ambos Acuerdos.

En cuanto a las normas consideradas por el Acuerdo OTC, hemos ya dicho que diferencia reglamentos, de normas y de procedimientos de evaluación de conformidad, indicando expresamente que los reglamentos técnicos establecen prescripciones obligatorias. Esto significa en los hechos, que aprobado un reglamento técnico, a diferencia de una norma, el mismo condiciona el acceso a un determinado mercado al cumplimiento de los requisitos establecidos.

Al respecto, la OMC¹²⁹ sostiene que:

“La diferencia entre una norma y un reglamento técnico reside en la observancia. Mientras que la conformidad con las normas es voluntaria, los reglamentos técnicos son de carácter obligatorio; además, tienen diferentes consecuencias para el comercio internacional. Si un producto importado no cumple las prescripciones establecidas en un reglamento técnico, no se autorizará que se ponga a la venta. En el caso de las normas, los productos importados que no estén en conformidad con ellas podrán ponerse en el mercado, pero se verán penalizados si los consumidores prefieren productos que se ajusten a las normas del país, por ejemplo en cuanto a calidad o color en el caso de los textiles y las prendas de vestir”.

129 Sitio Web de la OMC, Información Técnica sobre el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_info_s.htm

Por otra parte, el Acuerdo pone especial énfasis en el sentido de que un reglamento técnico no se constituya en un obstáculo innecesario al comercio, considerando por tal, todo reglamento que sea más restrictivo de lo necesario para lograr el objetivo de política perseguido o; cuando directamente no se persigue ningún objetivo legítimo.

En tal sentido, es posible considerar que un reglamento restringe más de lo necesario cuando el objetivo perseguido puede lograrse mediante medidas menos restrictivas que la adoptada. Ello requiere por ende, tomar en consideración elementos científicos y técnicos y considerar el uso que se dará a los productos involucrados por la medida que se trate.

Corresponde tener presente además, que los objetivos de política, se consideran legítimos, si corresponden a imperativos de seguridad nacional; prevención de prácticas que puedan inducir a error; protección de la salud o la seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente; tal como se enuncia en el artículo 2 párrafo 2 del Acuerdo OTC.

Interesa destacar adicionalmente, que a diferencia del Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC contempla la existencia de entidades de normalización privadas para la elaboración, adopción y aplicación de normas, lo que se encuentra expresamente previsto en el artículo 4.1 que establece que:

“Los Miembros se asegurarán de que las instituciones de su gobierno central con actividades de normalización acepten y cumplan el Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas (denominado en el presente Acuerdo “Código de Buena Conducta”) que figura en el Anexo 3 del presente Acuerdo. También tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones públicas locales y las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización existentes en su territorio, así como las instituciones regionales con actividades de normalización de las que sean miembros ellos mismos o una o varias instituciones de su territorio, acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a dichas instituciones con actividades de normalización a actuar de manera incompatible con el Código de Buena Conducta. Las obligaciones de los Miembros con respecto al cumplimiento de las disposiciones del Código de Buena Conducta por las instituciones con actividades de normalización se aplicarán con independencia de que una institución con actividades de normalización haya aceptado o no el Código de Buena Conducta. 4.2 Los Miembros reconocerán que las instituciones con actividades de normalización que hayan aceptado y cumplan el Código de Buena Conducta cumplen los principios del presente Acuerdo”

Consecuentemente con lo anterior, determina el concepto de instituciones y sistemas locales, nacionales, regionales e internacionales, gubernamentales o no gubernamentales en el Anexo I, numerales 4 a 8 tal cual se ilustra en la Figura VII.

Institución o sistema internacional	Institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros.
Institución o sistema regional	Institución o sistema abierto solo a las instituciones competentes de algunos de los Miembros.
Institución del gobierno central	El gobierno central, sus ministerios o departamentos y cualquier otra institución sometida al control del gobierno central en lo que atañe a la actividad de que se trata. Nota explicativa: En el caso de las Comunidades Europeas son aplicables las disposiciones que regulan las instituciones de los gobiernos centrales. Sin embargo, podrán establecerse en las Comunidades Europeas instituciones regionales o sistemas regionales de evaluación de la conformidad, en cuyo caso quedarían sujetos a las disposiciones del presente Acuerdo en materia de instituciones regionales o sistemas regionales de evaluación de la conformidad.
Institución pública local	Poderes públicos distintos del gobierno central (por ejemplo, de los Estados, provincias, Länder, cantones, municipios, etc.), sus ministerios o departamentos, o cualquier otra institución sometida al control de tales poderes en lo que atañe a la actividad de que se trata.
Institución no gubernamental	Institución que no sea del gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico.

Figura VII: Institución internacional, regional, del gobierno central, pública local e institución no gubernamental.

Fuente: Acuerdo OTC

3.1.5 El Acuerdo Sobre Agricultura y su relación con el Acuerdo MSF.

Se indica por la propia OMC, que:

“El Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC establece un marco para la reforma a largo plazo del comercio de productos agropecuarios y de las políticas nacionales en esa esfera, a fin de lograr una competencia más leal y menos distorsiones en el sector. El Acuerdo abarca:

*Acceso a los mercados — la utilización de restricciones al comercio, como los aranceles a la importación
Ayuda interna — la utilización de subvenciones y otros programas de ayuda que de forma directa estimulan la producción y distorsionan el comercio.
Competencia de las exportaciones — la utilización de subvenciones a la exportación y otros programas de ayuda gubernamentales que subvencionan las exportaciones.*

En el marco del Acuerdo, los Miembros de la OMC convienen en "listas" o listas de compromisos que establecen límites a los aranceles que pueden aplicar a los distintos productos y a los niveles de ayuda interna y subvenciones a la exportación"¹³⁰.

Digamos adicionalmente, que dicho Acuerdo se relaciona directamente con el Acuerdo MSF y el propio articulado así lo considera. En efecto, el artículo 14 correspondiente a la Parte VIII del Acuerdo sobre la agricultura dispone: "Los Miembros acuerdan poner en vigor el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias".

Ambos acuerdos pueden en virtud de lo anterior, aplicarse simultáneamente y no se excluyen y como hemos visto, el Acuerdo MSF dota de mayor disciplinamiento el comercio de productos agropecuarios con el objetivo de que los gobiernos no se extralimiten a la hora de establecer y exigir la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias.

Se ha sostenido además como ya lo hemos indicado, que las oportunidades de acceso a mercados aumentan con la disminución de los aranceles y ello puede llevar a que los gobiernos se vean compelidos a buscar mecanismos de protección, distintos del arancel, a los productos nacionales¹³¹. En este sentido, no es de sorprender que en oportunidad de las negociaciones de la Ronda Uruguay, se pusiera especial énfasis en el relacionamiento y coherencia de los distintos acuerdos abarcados que pudieran limitar las tendencias indicadas.

3.1.6 Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD)

Como vimos al tratar los Acuerdo resultantes de la Ronda Uruguay del GATT, este entendimiento consta en Anexo II del Acuerdo OMC, y es el instrumento jurídico aplicable a las consultas y solución de diferencias entre los miembros de la OMC con respecto a "sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento "Acuerdo sobre la OMC") y del presente Entendimiento".

De conformidad con lo establecido por el Artículo 1 de dicho Entendimiento, y por el Apéndice 1 del mismo, su ámbito de aplicación abarca igualmente a los Acuerdos Comerciales Multilaterales que forman parte integrante del Acuerdo sobre la OMC, así como a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales allí listados. Igualmente, de acuerdo a lo establecido por el Artículo III del Acuerdo sobre la OMC, la OMC se encuentra encargada de administrar el ESD.

La importancia de este entendimiento suele destacarse con acierto, por su particular incidencia en garantizar el cumplimiento de las normas del sistema multilateral de

¹³⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/agric_s.htm

¹³¹ El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Módulo 3 página 15.

comercio y objetivos de transparencia, estabilidad y previsibilidad que lo animan al sistema multilateral de comercio transparente, estable y previsible, al garantizar el cumplimiento de sus normas, desde su creación ha conocido más de 300 diferencias entre los Miembros y por su naturaleza vinculante podría decirse que nos encontramos ante los “dientes” del cuerpo normativo de la OMC.

El procedimiento se inicia con una etapa de consultas bilaterales, pensada principalmente para la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias, luego de lo cual inicial la etapa jurisdiccional propiamente dicha, que incluye a su vez la etapa de grupos especiales (o “Paneles”) y la etapa ante el Órgano de Apelación. Una vez adoptados dichos informes por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), se activa la etapa de aplicación o cumplimiento de los mismos, que incluye la posibilidad de adoptar contramedidas si la parte vencida no cumple la resolución del OSD.

No nos adentraremos en el análisis del procedimiento en tanto excedería los límites de este trabajo pero nos referiremos a los aspectos sustanciales relacionados con el objeto de reclamación en oportunidad de plantear la recurrencia a este ámbito como posible alternativa para los Miembros. Nos pareció sin embargo oportuno plasmar en forma resumida dicho proceso, el cual ilustra la OMC¹³² como se indica de la siguiente forma:

132 OMC, diagrama del proceso de solución de diferencias, disponible en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c6s1p1_s.htm

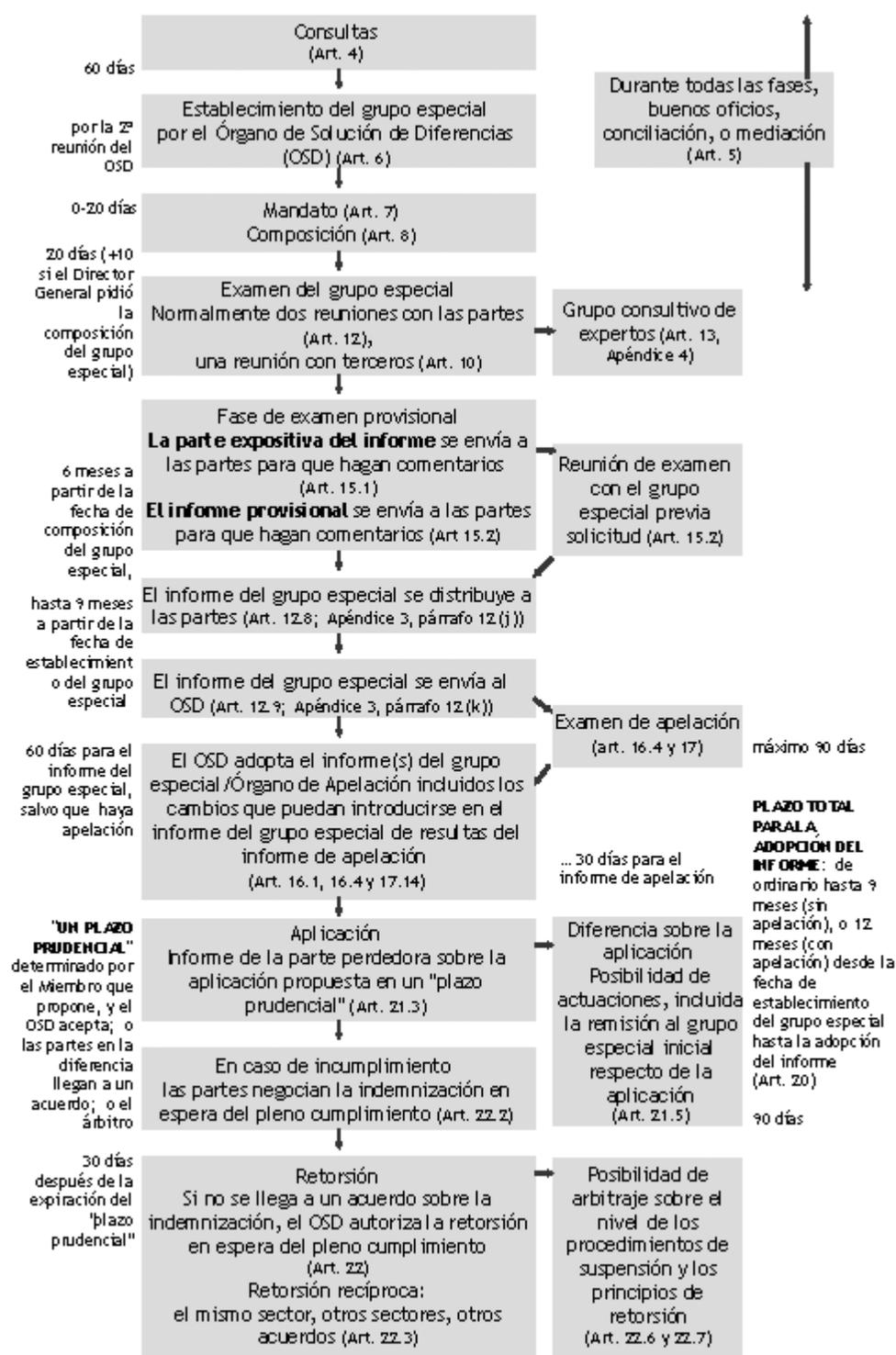


Figura X: Diagram del proceso de solución de diferencias.

Fuente: OMC

Para para concluir las breves referencias que hemos realizado en cuanto a este entendimiento y sin perjuicio de considerar que el Sistema Multilateral nos brinda otros mecanismos alternativos a los que como veremos, sería deseable recurrir, compartimos y hacemos nuestras las palabras expresadas por el Director General de la OMC con referencia a este sistema:

“(...) Las relaciones comerciales conllevan a menudo intereses contrapuestos. Los acuerdos, incluidos los negociados laboriosamente en el sistema de la OMC, tienen muchas veces que ser interpretados. La forma más armoniosa de resolver estas diferencias es mediante un procedimiento imparcial basado en un fundamento jurídico convenido. Ese es el propósito del sistema de solución de diferencias integrado en los Acuerdos de la OMC (...).” (Azevêdo, R, 2017: Pág. 4)

3.2 Normas y Principios derivados del Derecho del Comercio Internacional

El Derecho del Comercio Internacional ha sido definido como *“el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes”*. (Fernández Rozas, J.C. 2000: Pág. 161) Es en la órbita del Derecho del Comercio Internacional que recaen las normas reguladoras de las transacciones comerciales internacionales.

Se ha sostenido por tal motivo, que es heredero del *ius mercatorum* elaborado en el seno de la sociedad de comerciantes medieval pero acotando que la coyuntura que dio origen al *ius mercatorum* fue sustancialmente distinta a la realidad que imperó mucho tiempo después, donde el desarrollo de la comunidad internacional involucra políticas estatales que incorporan aspectos de organización, control e intervención inexistentes en aquellas épocas. (Ibídem).

No obstante lo anterior, el desarrollo del comercio internacional ha llevado a la utilización de nuevas modalidades de producción normativa, caracterizada por priorizar los usos del comercio internacional, que han llevado a la creación de códigos privados independientes de los derechos nacionales y a que las partes regulen sus relaciones contractuales tanto desde el punto de vista conflictual como material, generando la proliferación de los contratos de tipo auto normativo. (LÓPEZ RUIZ. Diciembre 2007)

En este sentido, la llamada *Lex Mercatoria* es descrita como un conjunto normativo disperso, que goza, o pretende gozar, de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas para las relaciones económicas internacionales, incluyendo las contractuales, que se aplican directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales.

Dicho conjunto normativo, que actúa sobre materias de relevancia económica como las comerciales y financieras, se desarrolla en un espacio transnacional o globalizado que tiene como principales protagonistas a las empresas transnacionales e instituciones privadas dando origen a lo que Capella (2008) denomina como *“Soberano privado supraestatal difuso”* que trasciende o desborda los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, basándose en usos comerciales, contratos internacionales, principios generales del comercio internacional elaborados por asociaciones profesionales y orga-

nismos internacionales, en lo que constituirían las típicas fuentes de expresión de esta producción normativa autónoma.

Es por su cada vez más profundo desenvolvimiento autorregulador que ha sido considerada como uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el derecho privado de la economía,¹³³ y si bien su impulso pretende atribuirse a las insuficiencias en la elaboración de un derecho mercantil uniforme, no podemos dejar de considerar dicho desenvolvimiento en el marco de las corrientes doctrinales que ven en el pluralismo jurídico¹³⁴ una forma más de manifestación del derecho.

Sin embargo, salvo que nos inclinemos por lo que consideramos un pluralismo extremo, creemos que también el fenómeno de la *lex mercatoria*, se genera y actúa en un determinado “entorno normativo” que condiciona decisivamente, la actuación empresarial. Esto nos lleva, como acertadamente lo indica López Ruiz (2007), a reflexionar acerca de la juridicidad de la *lex mercatoria*, de los límites a su autonomía respecto al derecho estatal e internacional y por ende profundizar hasta en la propia idea del Derecho o la de los límites de la juridicidad.

3.2.1 Autonomía de la voluntad negocial: La libertad de contratación

En contraposición a lo que ocurre en el ámbito del derecho económico internacional, y particularmente en el marco de las reglas multilaterales en materia de comercio internacional, en donde las disciplinas adoptadas constituyen una estructura normativa universalmente aceptada, cuyo cumplimiento queda a cargo de los Estados, en el ámbito del derecho internacional privado cobra una relevancia bastante importante la figura de la autonomía de la voluntad.

En virtud de la autonomía de la voluntad, las partes en una relación contractual pueden por un lado elegir el derecho que regirá sus relaciones contractuales, lo que se conoce como autonomía de la voluntad conflictual, mientras que por otro lado pueden dotar de contenido (o autorregular) a los contratos entre ellas, en lo que se conoce como autonomía de la voluntad material. La primera encuentra sus límites en el margen de maniobra que le otorga un ordenamiento jurídico determinado, mientras que la segunda se halla constreñida por las disposiciones imperativas del ordenamiento designado.

Al respecto, Oviedo Albán, comentando el artículo 6 de la Convención de Viena de 1980 señala: “*La autonomía de la voluntad tiene un doble alcance de acuerdo con el art. 6... Por un lado está la autonomía de la voluntad conflictual o en sentido internacional privatístico y por otro en un sentido material o negocial. En el primero, las partes pueden escoger la ley del contrato, y con el segundo determinar el contenido del mismo*”. (2004: Pág. 9)

133 FERNÁNDEZ ROSAS. La *Lex mercatoria*, Ob citada

134 El pluralismo jurídico es una perspectiva que plantea la existencia de diferentes derechos concurrentes que operan en diferentes espacios temporales, y a escalas locales, nacionales y transnacionales, que no se reducen al marco jurídico estatal. Pedro Garzón López Pluralismo jurídico *Universidad Carlos III de Madrid en Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad N° 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 186-193 ISSN 2253-6655

La libertad de contratación se refiere al poder de los particulares de crear normas vinculantes entre ellos para regir sus relaciones, quedando las partes en un contrato en libertad, entre otras, de celebrar o no un contrato o acuerdo, elegir a la contraparte, discutir el contenido, la forma (salvo que la ley imponga una) y condiciones del mismo, sin más límites que los que establecen la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, si bien esto último varía según el país y sus concepciones políticas, sociales y culturales.

Adicionalmente, cabe distinguir entre la libertad de contratar, vale decir, aquella referida al derecho de las personas de celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad contractual, la cual supone la libertad de las partes en un contrato de determinar las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica que se establece a partir de la celebración del mismo. (Soto Coaguila, C.A. 2007)

Curiosamente, a efectos de nuestro análisis, es el principio contractual "*Pacta Sunt Servanda*" el elemento que confirma y legitima el respeto estatal a la autonomía de la voluntad negocial, al dar a la palabra empeñada, a la obligación libremente contraída, la fuerza vinculante que confiere su poder al contenido del pacto. (Ballesteros Garrido, J.A. 1999: Pág. 22)

Es ese mismo principio, cuando es trasladado al plano del derecho internacional público, el que pareciese entrar en contradicción con la autonomía de la voluntad negocial en el ámbito privado o, por lo menos, con algunas de sus manifestaciones en el plano de la contratación internacional entre privados, léase, para el caso que nos ocupa, con las normas privadas de carácter sanitario y fitosanitario.

3.3 Reglas y Principios derivados del Derecho Internacional General

Las relaciones entre los Estados son reguladas por normas jurídicas que se desarrollan en el ámbito del derecho internacional público, y el "Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas".¹³⁵ STARKE, nos acerca algunos conceptos que nos parece oportuno reproducir por lo sustancial de su contenido, señalando que:

*"El Derecho Internacional puede ser definido como el cuerpo legal que está compuesto en su mayor parte por los principios y normas de conducta que los Estados se sienten obligados a observar en sus relaciones recíprocas, y que también incluyen: a) Las normas legales relacionadas con el funcionamiento de instituciones u organizaciones internacionales, las relaciones entre unos y otros y sus relaciones con estados e individuos, y b) Ciertas normas legales relacionadas con individuos y entidades no estatales, en tanto los derechos o deberes de éstos constituyan la preocupación de la comunidad internacional."*¹³⁶

135 Carta de la Organización de Estados Americanos. Artículo 3 literal A.

136 STARKE: *An Introduction to International Law*, 1963, páginas 1 – 2, citado por el Profesor PROF. HUGO LLANOS MANSILLA, "Definición del Derecho Internacional Público".

Por su parte, JULIO BARBOZA nos señala que las definiciones de esta rama del derecho han sido agrupadas en tres categorías: por sus destinatarios en tanto regulan relaciones entre Estados; por la sustancia, o sea por el carácter internacional de las relaciones reguladas y; por la técnica de creación de las normas, esto es, por los procedimientos a través de los cuales la normas de derecho positivo son creadas. Las consideraremos brevemente a continuación. (2008: Pág. 11)

3.3.1 Fuentes del Derecho Internacional Público

Una de las cuestiones fundamentales en todo orden jurídico, consiste en identificar cuáles son las normas que lo constituyen y cuáles son los modos de formación de dichas normas. (BARBERIS, J.A. Nota Preeliminar, Pág 7)

Ambos aspectos nos permiten precisar cuáles son los derechos y las obligaciones que derivan precisamente de dichas normas o, para decirlo mejor, la determinación de las fuentes del derecho internacional y del valor de cada una son cuestiones de capital importancia, porque de ello depende el contenido y el alcance de aquel derecho (PODESTÁ COSTA, L.A y RUDA, J.A. 1985. Pág. 12)

A los procedimientos de creación de normas jurídicas se los identifica como “fuentes formales” de derecho y responde a la pregunta ¿Cómo se forma el DIP? mientras que a las que proveen el contenido, se las identifica como “fuentes materiales”. (Barboza, J. 2008. Pág 87)

Las fuentes formales refieren concretamente a los métodos de creación de una norma jurídica y de verificación de su existencia mientras que las fuentes materiales guardan relación con las razones o causas que dan motivo a la creación de una norma jurídica.

Gran parte de la doctrina contemporánea, ha reconocido que las fuentes del derecho internacional están precisadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³⁷ que las enumera, sin establecer su jerarquía. Se desprende de esta disposición normativa, que los tratados, conjuntamente con los principios generales del derecho y la costumbre, constituyen fuente principal del derecho internacional¹³⁸, y son por definición convenios celebrados entre dos o más Estados.

El mismo artículo considera adicionalmente a las decisiones judiciales y a determinadas doctrinas publicistas como fuentes auxiliares no principales en tanto son utilizadas como herramienta para determinar la interpretación de las normas creadas por las fuen-

137 Artículo 38 del Estatuto de la CJI: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.”

138 Existe sin embargo una visión generalizada en la comunidad internacional en cuanto a que esta división de las fuentes del derecho internacional ha quedado superada por la aparición de otras formas o procedimientos de normativización o de manifestación de la voluntad de los Estados.

tes principales. Como afirma Barboza, no pueden ser utilizadas como única base para dar solución a un caso o fundamentar una opinión consultiva porque no son fuentes autónomas de producción del derecho internacional público, sino fuentes a las que el Tribunal puede recurrir para determinar mejor el significado y alcance de las normas provistas por las fuentes principales. (2008: Pág 90)

3.3.1.1 Los Tratados Internacionales

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 define los tratados en su Artículo 2, consignando que *“...se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”* (Inciso 1, Literal A). Al respecto, DE LA GUARDIA (1997) nos señala que básicamente *“los tratados son, para el derecho internacional, lo que los contratos para el derecho interno”*.

De la definición surge sin vacilaciones que se trata de una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho internacional con “capacidad suficiente” (Barberis, J. 1994: Pág. 32) y que dichos sujetos son los Estados.

Siguiendo a BARBERIS, interesa precisar qué *“...de la circunstancia de que alguien sea sujeto de derecho internacional de gentes no puede deducirse que posee capacidad para celebrar tratados”* y agrega que esta característica *“...permite distinguir los tratados internacionales de los acuerdos suscriptos entre un sujeto de gentes y otro que no lo es o que carece de la capacidad suficiente para ello”*. (Ibídem)

En orden de aparición, el tratado es la primera fuente del derecho internacional mencionada en el referido artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia.

Sobre su importancia, Luis Solari Tudela nos señala:

“Si bien su enumeración en primera orden no le otorga jerarquía sobre la costumbre internacional, pone en evidencia la importancia cada vez más creciente del Tratado como fuente del derecho internacional.

De otro lado, la misma Carta de las Naciones Unidas le asigna una especial importancia cuando en su parte pre ambulator dice: “Crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respecto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional” (1994: Pág. 31)

- Los Efectos de los Tratados.

Cuando hablamos de los efectos de los tratados, estamos hablando principalmente de cuestiones vinculadas a su cumplimiento y observancia.

El principio Pacta Sunt Servanda se incorpora a la Convención de Viena en el artículo 26 formulándolo en los siguientes términos: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*.

Se reafirma en tal sentido que el desarrollo armónico de las relaciones entre los Estados encuentra en este principio, surgido consuetudinariamente y consagrado de esta forma a nivel positivo, una base cierta que materializa un concepto de carácter moral según el cual las partes en un tratado o contrato deben honrar los compromisos asumidos.

Al respecto, sostiene BARBOZA que *“La buena fe en el derecho de gentes se presume; todas las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe y ella inspira varias instituciones...”* (2008: Pág. 123)

Este principio de *Pacta Sunt Servanda* se ve complementado con la disposición contenida en el Artículo 27 de la Convención de Viena, que señala que *“Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”*

Algunos autores han creído ver en esto un reconocimiento expreso de la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho interno, cuando más bien dicho artículo refiere a la teoría del acto propio (o Estoppel en el derecho anglosajón), o la *“prohibición de actuar contra los propios actos”*, vale decir, un Estado no puede argüir sus actuaciones en el marco de su derecho interno para justificar incumplimientos de obligaciones internacionales libremente aceptadas.

De acuerdo a Ernesto de la Guardia, *“No cabe duda que tal formulación, antes que una estructura normativa típica (condición-consecuencia) presenta un aspecto netamente axiomático o categórico. Mantenido hasta ahora en el plano teórico y doctrinario, sería la primera vez que aparece escrita en un texto de derecho positivo internacional”*. (1997: Pág. 194)

- La interpretación de los Tratados

Los elementos que componen la regla general de interpretación de tratados se encuentran conjugados en una misma formulación, en el artículo 31.1 de la Convención de Viena que señala que *“un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”*

De igual modo, la Convención de Viena destaca algunos medios complementarios de interpretación: los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.

A efectos del análisis, nos detendremos en cada uno de los referidos principios o elementos orientadores de la labor interpretativa.

Buena Fe

El principio de buena fe aparece mencionado en la Convención de Viena conjuntamente con el principio de *Pacta Sunt Servanda* en lo que refiere al cumplimiento y observancia de los tratados, siendo igualmente importante como regla interpretativa de los mismos, que asegura que la interpretación de un tratado se haga de manera recta y leal.

Cabanellas define a la buena fe como aquella “*Rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder. (...)*”¹³⁹, mientras que Solari Tudela la señala como un concepto “*(...) más bien vinculado con la moral y sugiere la actuación exenta de malicia. Es el procedimiento recto y honrado que realiza un Estado con la convicción de poseer alguna cosa con derecho legítimo.*”

En ese sentido, la buena fe aparece igualmente como un principio rector del proceso de solución de diferencias previsto en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, conforme a lo previsto en el artículo 3 párrafo 10¹⁴⁰.

Efecto Útil

El principio de Efecto Útil o de “*effet utile*”, refiere a la necesidad de que la interpretación de un tratado no se efectúe de manera tal que el mismo devenga en inaplicable, o en una lectura contraria a los objetivos del propio tratado.

La interpretación de los tratados “*debe estar iluminada por el principio fundamental de la buena fe, que obliga a las partes a aplicar el tratado de forma razonable, de modo tal que su fin pueda ser logrado y del que deriva el dogma de la eficacia, esto es, cuando una disposición de la convención se presta a dos interpretaciones, una de las cuales permite darle efectos y la otra no, debe preferirse la primera*”

Sentido corriente u ordinario de los términos del Tratado

Recordemos que la regla general de interpretación del Artículo 31.1 señala que la misma debe hacerse “*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.*”.

Esto no es sino el reconocimiento de que el texto de un tratado constituye la base del proceso interpretativo, y que las palabras contenidas en dicho texto deben basarse en el sentido corriente de los términos empleados, no siendo por lo demás correcto imputar términos que no existen en él o trasladar conceptos que no se pretendían recoger en ellos.

Adicionalmente debemos tener en cuenta que a los fines de interpretación de una norma jurídica y particularmente de los tratados internacionales recurrimos al método objetivo, textual o gramatical (se basa en el texto del tratado), al método teleológico (consideración del objeto o fin del tratado) y al método subjetivo (verificar la verdadera intención de las partes).

Algunos distinguen la llamada “*regla del contexto*” como una regla interpretativa separada de la del sentido usual, siendo que nosotros consideramos que la primera forma parte de la segunda, en virtud de la mención expresa que hace el Artículo 31.2 de la Convención de Viena, de lo que se debe entender por el contexto a efectos de situar y comprender de manera cabal los términos de un tratado, a saber: el preámbulo, sus

139 Cabanellas Torres. Diccionario Jurídico Elemental.

140 ARTÍCULO 3.10: “*Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla. Queda entendido asimismo que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes.*”

anexos, otros acuerdos que refieran al mismo, así como todo instrumento formulado por una de las partes, aceptado por las demás, como referido al tratado.

Conducta Ulterior de las Partes

Descrita en el Artículo 31.3 b), y tiene que ver con la manera en la cual se ha verificado la aplicación de un tratado, en virtud de las prácticas seguidas por las Partes, configurando un “*acuerdo tácito de interpretación*” (Solari Tudela, L. 1994: Pág. 42)

Integración Sistémica

Al momento de describir nuestro modelo de análisis profundizamos de manera exhaustiva en este principio, contenido en el Artículo 31.3.C el cual consiste, como dijimos, en la enunciación o declaración que se formula en la Convención de Viena de que no existe un tratado o acuerdo que pueda interpretarse de manera aislada o desvinculada de su entorno o contexto normativo.

3.3.1.2 La Costumbre o Derecho Consuetudinario

La costumbre (*consuetudo, mores maiorum*) es la más antigua fuente del derecho, practicada por el consentimiento de un pueblo o de un grupo social cuyos límites no son sólo geográficos, en ausencia de leyes escritas, dada por el uso, la repetición de los mismos actos, que de a poco van adquiriendo cierto carácter de obligatoriedad al convertirse en exigencias colectivas. Cuando una costumbre llega a imponerse en una sociedad y a ser considerada como una necesidad jurídica, se transforma en derecho consuetudinario.

En tal sentido, nos expresa Jiménez de Aréchaga (2005) que la costumbre jurídica está compuesta por un elemento material que consiste en la repetición de ciertos actos, en la existencia de ciertos usos o prácticas entre los Estados; y un elemento psicológico, la “*opinio juris sive necessitatis*”, o sea la convicción acerca de la obligatoriedad de esos usos o prácticas. La costumbre, como norma jurídica, surge recién cuando los dos elementos están reunidos, cuando el uso o práctica está sellado por la convicción existente en la comunidad acerca de su carácter obligatorio.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como una de las fuentes a las que se debe recurrir para resolver los conflictos que se planteen, es precisamente la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, si bien las opiniones doctrinales no son consistentes en cuanto a cómo debe materializarse esa convicción en relación a su carácter obligatorio, esto es, si requiere aceptación expresa o tácita de los Estados.

Sostiene Jiménez de Aréchaga al respecto que “(...) Según esa disposición, lo que se exige es que la práctica, que el uso sea generalmente aceptado y no que haya sido aceptado en forma particular por el Estado contra el cual la regla consuetudinaria ha sido invocada”. (2005: Pág. 188)

Sostiene además, que para evitar el sometimiento a las normas nacidas de esas prácticas, el Estado que así lo pretende debe demostrar que ha objetado sistemáticamente y

que se ha opuesto expresamente a la práctica, desde que comenzó a manifestarse, hasta que se pretendió oponérsele.

De lo antes planteado se desprende entonces que el derecho consuetudinario comprende el conjunto de normas jurídicas que se practican constantemente en una sociedad sin haber sido sancionadas en forma expresa, y que se consideran jurídicamente obligatorias.

Atendiendo a la manera en la que surge, se puede distinguir tres tipos de costumbre:

- la costumbre interpretativa (*secundum legem*) es la que se forma de acuerdo con la ley, y consiste en la observancia de sus preceptos o en su interpretación si la ley se presta a confusiones.
- la costumbre supletoria (*praeter legem*) surge en ausencia de la ley completando los vacíos del derecho escrito. Se trata ya de la creación de nuevas normas jurídicas que no se oponen a las existentes, pues la legislación no ha regulado todavía la materia sobre la cual versa costumbre. Constituye el tipo ideal de formación jurídica consuetudinaria, pues esta complementa el derecho escrito sin contradecirlo.
- la costumbre contraria a la ley (*contra legem*) es la que aparece en oposición a normas legales expresas que imponen una conducta diferente. Surge esta costumbre después de sancionada la ley, y en contra de ella.¹⁴¹

El Dr. BARBERIS (1994) señala que existen aún materias que continúan basando su funcionamiento en normas consuetudinarias, tales como la responsabilidad internacional, la protección diplomática y el procedimiento arbitral, e incluso, la codificación ha traído nuevas cuestiones aparejadas que muchas veces son resueltas por vía consuetudinaria.

Adicionalmente, hay quienes conceptualizan a la costumbre como la manifestación de un derecho preexistente; a quienes la conciben como una fuente creadora de derecho; así como a quienes la perciben como un derecho espontáneo, surgido sin que medie un método o procedimiento regulado jurídicamente.

3.3.1.3 Los Principios Generales de Derecho

Si bien la existencia de los principios generales de derecho en el campo del derecho internacional ha sido discutida por algún sector de la doctrina, aduciendo que en el plano de las relaciones entre los Estados, lo que debe primar en la formación de normas jurídicas internacionales es el consentimiento expreso de los mismos, el numeral c) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluye, como tercera fuente principal "*los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*"¹⁴².

Gran parte de estos principios, que algunos autores como Sánchez Rodríguez denominan "estructurales del Derecho Internacional", se pueden encontrar codificados en el

141 Enciclopedia Jurídica. (2014) Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-consuetudinario/derecho-consuetudinario.htm>

142 BARBOZA, J. En obra citada ut supra sostiene que independientemente de cual haya sido el origen de la expresión "naciones civilizadas", en la actualidad refiere naturalmente a todo Estado que maneja sus relaciones internacionales de acuerdo con el derecho de gentes.

artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

BARBERIS nos señala que existe un conjunto de características comunes que nos permiten distinguir y diferenciar los principios generales del derecho de otras normas del orden jurídico internacional. (1994: Pág. 240)

En primer lugar, el origen de los mismos proviene de la generalización de normas de derecho interno de los Estados. Caso típico es el de aquellos que provienen del derecho civil y al procedimiento civil, como por ejemplo la relación entre las normas de contratación y los tratados, entre otros.

En segunda instancia, esta generalización, para poder serlo, no puede partir de la base de un único sistema jurídico, sino que tiene que mediar a su vez un reconocimiento generalizado de que los mismos constituyen un fondo común a distintos sistemas y ordenamientos jurídicos.

En tercera instancia, tiene que haber una cualidad de “transferibilidad” de estos principios originados en el derecho interno, hacia el derecho internacional, basada en la analogía que muchas veces se presenta entre el derecho estatal y el internacional, así como a la condición de que no existan normas de derecho internacional que se les opongan.

Independientemente de las consideraciones doctrinales que se formulan, lo cierto es que los principios generales de derecho comparten como rasgo general su carácter inspirador, informador y sustentador de la normativa más específica y del derecho codificado, de tal manera que estos principios constituyen una directriz eficaz para el intérprete y aplicador del derecho al momento de imprimir unidad, lógica y coherencia a su decisión concreta, aportando una determinada racionalidad jurídica, dependiendo de la materia de que se trata.

3.3.2 Los Sujetos para el Derecho Internacional Público

El sujeto de Derecho Internacional es el destinatario de la norma jurídica internacional, vale decir, es el titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales. Se requiere una aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales o para ser responsable en el plano internacional, en caso de violación de la obligación.

El contenido de la personalidad internacional, en términos de capacidad, no es el mismo en todos los sujetos, de modo que no sería correcto negar la condición de sujeto del Derecho Internacional al individuo, basándose solo en su incapacidad para participar en los procesos de creación de normas jurídicas internacionales. (Paredes, E. Romay, L. 2010: Pág 54)

Claramente los Estados son sujetos de derecho internacional en tanto tienen conferido por el sistema la facultad de actuar generando consecuencias jurídicas. Tienen “*capacidad plena en el derecho de gentes. Son también legiferantes – es decir, crean el derecho internacional a*

través de los tratados y la costumbre – y son al mismo tiempo agentes de ese derecho, puesto que tienen la facultad de hacerlo cumplir”. (Barboza, J. 2008: Pág. 13). Las organizaciones internacionales son asimismo sujetos de derecho internacional de acuerdo a las facultades que los propios Estados les confieren en sus respectivos acuerdos constitutivos.

Son también sujetos de derecho internacional aquellos a los que el sistema les confiere tal condición. Pueden ser individuos¹⁴³ o personas físicas como centro de imputación de normas y determinadas personas jurídicas designadas comúnmente como organizaciones no gubernamentales.

El profesor Juan Manuel Rivero Godoy nos plantea que el problema de determinar cuándo se está frente a un sujeto de derecho internacional debe verse a la luz de la teoría general del derecho y sus postulados en tanto que de lo contrario, “...el criterio para asignar tal carácter a un “ente” sería arbitrario o político, pero no jurídico”.

Recurriendo al criterio de la imputación, Kelsen considera que:

(..)“Cuando se dice que las reglas del derecho internacional hacen referencia como objeto de regulación al sujeto (sin distinción) es porque las mismas se elaboran en atención a un centro de imputación de normas jurídicas, siendo los sujetos (sin distinción) esos centros de imputación, por lo cual la imputación como ya lo estableció Kelsen es la forma de atribuir una consecuencia a las conductas de los sujetos” (...) y a su vez, agrega que:

(..)“desde el momento en que el ordenamiento jurídico ha previsto una situación de hecho y atribuido una consecuencia normativa susceptible de afectar una situación con anterioridad, es que se podría hablar de que ese “ente” tiene relevancia normativa en el sistema..”, pero que además, “.. Hay que hacer un contraste con la realidad, dado que una teoría debe tener contacto con aquella a efectos de no perder su predictibilidad y capacidad de describir la realidad”. Concluye, transcribiendo palabras de Merle Marcel que según se dice “No fundo, toda pessoa ou grupo que detém um meio de influência é um ator potencial e torna-se um ator ocasional quando resolve fazer uso de seu poder no terreno da ação internacional” (...)

3.3.3 La relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno: La aplicación de los Tratados a los Individuos.

La aplicabilidad del Derecho Internacional al ámbito jurídico interno ha ocupado la atención de la doctrina y la ha dividido entre quienes sostienen la teoría del dualismo y por el contrario quienes se afilian a la teoría monista.

143 KELSEN, H. (1934) Teoría Pura del Derecho: “Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan... que debe hacerse o..., sino también quien debe conducirse de la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional”

Los defensores del Dualismo, partiendo de la obra de TRIEPEL, “Derecho Internacional y Derecho interno”¹⁴⁴, consideran que el Derecho Internacional y el Derecho interno tienen distintas fuentes; que regulan relaciones diferentes; y que por lo tanto, las normas internacionales necesitan de un acto especial de recepción en el derecho interno.

Por su parte, partidarios del Monismo, corriente impulsada por KELSEN, entienden que existe la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos y que todas las normas jurídicas derivan su validez y obligatoriedad de normas jerárquicamente “superiores”. (1934: Pág. 207-224)

De acuerdo a esta última posición, el Derecho Internacional tiene primacía sobre el Derecho interno, quedando éste último subordinado al primero. Esto implica que la norma internacional no necesitaría de ningún acto de recepción para ser aplicada por los Estados en su Derecho interno, prevaleciendo sobre éste en caso de conflicto.

Esta discusión entre Dualismo y Monismo ha dado lugar también a las llamadas “teorías coordinadoras”, entre las cuales se encuentra aquella que plantea, partiendo de la concepción monista sobre la unidad de todos los sistemas normativos, la existencia de una “coordinación” entre el Derecho interno al Derecho Internacional, sin hablar de una subordinación entre ambos.

Cabe reiterar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no prejuzga sobre el sistema monista o dualista. Si bien el Art. 27 de dicho instrumento normativo dispone que un Estado no puede justificar un incumplimiento de sus compromisos asumidos mediante la suscripción de un Acuerdo Internacional, alegando la aplicación de alguna norma de su Derecho interno, se trata únicamente de una regla de responsabilidad internacional que deriva de la teoría del acto o del hecho propio, bajo el principio de que los Estados, al ser los emisores y ejecutores de las leyes, no pueden alegar sus propios actos para eximirse del cumplimiento de una obligación internacionalmente contraída.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de La Haya ha indicado que los Estados deben adoptar medidas legislativas que les sean impuestas por los tratados, al tiempo que no pueden invocar su Constitución o leyes internas para incumplir sus compromisos derivados del Derecho Internacional.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, la aplicación mediata del derecho internacional a los individuos es defendida por Hans Kelsen quien sostiene que si bien el derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados, esto no significa que las normas de derecho internacional no se apliquen a los individuos. Lo explica de la siguiente forma:

“Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre del Estado”. (1934: Pág. 202)

144 Citando a HEINRICH TRIEPEL, Carl. *Curso de Derecho Internacional Público*. Pág.194.

Como señalan Podestá Costa y Ruda (1985: Pág. 55), los autores clásicos en su mayoría negaron al individuo esa condición, en igual sentido lo hace la doctrina dualista al requerir que para que llegue a los individuos es necesaria su transformación en derecho interno mientras que por el contrario, la teoría monista en el sentido expresado por Kelsen ut supra, ha sostenido que no existe nada en la estructura del derecho internacional que permita afirmar de plano, que la persona privada no puede llegar a ser sujeto de derecho internacional.

3.3.4 La Responsabilidad internacional de los Estados

Junto a los principios que regulan la aplicación del Derecho Internacional, igualdad jurídica, no intervención, prohibición del uso de la fuerza, arreglo pacífico de controversias, buena fe, la responsabilidad es considerada el núcleo del sistema jurídico internacional. Desde el punto de vista jurídico, las conductas generadoras de responsabilidad que pueden ser atribuibles a un sujeto de derecho internacional pueden fundarse tanto en acciones como en omisiones violatorias de una obligación internacional.

En ese sentido, BROWNLIE (2008: Pág 434), refiriéndose a las bases y naturaleza de la responsabilidad estatal señala precisamente que hoy en día la responsabilidad se puede considerar como un principio general de derecho internacional y que los actos u omisiones pueden ser categorizados como ilegales en referencia a las normas o reglas que establecen derechos y obligaciones. De esta forma, las normas de responsabilidad refieren a la incidencia o consecuencia de actos ilícitos.

Por otra parte, en esa mirada al entorno normativo, nos interesa señalar que Resolución 54/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada en su quincuagésimo sexto período de sesiones genera como propuesta, un novedoso marco normativo en materia de responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos.

A juicio de BARBOZA dicho cuerpo normativo es *“La mejor expresión del estado actual del derecho internacional general en materia de responsabilidad del Estado”* (2008: Pág. 395). Y en tal sentido, es de destacar que el largo proceso seguido, cuyas etapas finales describe con meridiana claridad CRWFORD¹⁴⁵, hayan culminado en la aprobación de los Artículos y estén siendo *“aplicados muy ampliamente en la práctica, incluso por la Corte Internacional de Justicia”*

145 Cf. JAMES CRWFORD, Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf “La Asamblea General, mediante su resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, tomó nota de los Artículos, cuyo texto figura en el anexo de esa resolución, y los señaló a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación como texto de un tratado o de otro tipo de medida, según correspondiera. La Asamblea General señaló nuevamente los Artículos a la atención de los gobiernos en su resolución 59/35, de 2 de diciembre de 2004, y pidió también al Secretario General que preparara una compilación inicial de las decisiones de cortes y tribunales internacionales y otros órganos refiriéndose a los artículos. En su resolución 62/61, de 6 de diciembre de 2007, la Asamblea General observó con reconocimiento dicha compilación, señaló nuevamente los Artículos a la atención de los gobiernos y decidió seguir examinando la cuestión de una convención sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos o la adopción de otro tipo de medida sobre la base de los artículos. La Asamblea General adoptó una posición similar en su resolución 65/19, de 6 de diciembre de 2010. Si bien algunas delegaciones han insistido en que una conferencia diplomática examine los Artículos, otras han preferido que sigan siendo un texto de la CDI aprobado ad referendum por la Asamblea General. En realidad, los Artículos han sido aprobados y aplicados muy ampliamente en la práctica, incluso por la Corte Internacional de Justicia”

Se plasma en dicha Resolución a nivel de principio general que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera responsabilidad internacional indicando que hay hecho internacionalmente ilícito cuando un comportamiento, que puede ser una acción o una omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado. La ilicitud, es provocada por el incumplimiento de un deber jurídico, de un deber derivado de una regla imperativa.

Afirma BARBOZA que la Comisión optó por la palabra "hecho" y no "actos" porque la palabra hecho incluye tanto acciones como omisiones y agrega que "*La conducta atribuida al Estado puede ser positiva u omisiva, siendo esta última la más frecuente en el campo de los hechos ilícitos internacionales. Por ejemplo, las conductas de particulares que causen daños a extranjeros, no son las que originan la responsabilidad del Estado – cuando ésta corresponde – sino la inacción de los órganos propios que tenían la obligación de evitarlos*". (2008: Pág: 400)

Se requiere entonces para que surja responsabilidad, un elemento subjetivo o conducta atribuible al Estado (hecho del Estado) y un aspecto objetivo (violación), que es el contraste de ese hecho del Estado con la conducta exigida por una obligación internacional. No se consagra ni la culpa ni el daño como supuestos para generar dicha responsabilidad siendo este un aspecto relevante del proyecto.

Importa destacar de lo que venimos indicando, que en la responsabilidad por hecho ilícito, se atribuye al Estado la conducta de ciertas personas o entidades que actúan en determinadas condiciones. En efecto, el comportamiento de esas personas o entidades se consideran un hecho del Estado, se atribuyen o se imputan al Estado cuando son órganos del Estado (artículo 4), o ejercen atribuciones del poder público (artículo 5) o actúan bajo la dirección de las autoridades oficiales (artículo 9).

Resulta razonable que dicha imputación solo opere si se dan los supuestos previstos en tanto que no se puede asignar al Estado, en el campo de la responsabilidad por hechos ilícitos, las consecuencias de la conducta de terceros que no actúan de alguna manera como sus órganos, de jure o de facto. (Barboza, J. 2008: Pág. 484)

Además de la responsabilidad por violación de una obligación, el texto de la norma indicada agrega la responsabilidad por riesgo o sine delicto. En ambos tipos de responsabilidad, ciertas conductas acarrearán determinadas consecuencias pero se diferencian en que el comportamiento que la origina es lícito en un caso e ilícito en el otro. (Barboza, J. 2006).

El fundamento por ende es distinto en ambos tipos de responsabilidad. En la primera entonces, el hecho ilícito causa un daño jurídico que exige el retorno a la legalidad mientras que en la segunda, se fundamenta en el daño producido por un hecho lícito, no hay hecho jurídico ni existe el reclamo de retorno a la legalidad.

Se distinguen ambos tipos de responsabilidad también por la imputación en tanto en caso de responsabilidad sine delicto, las conductas que originan el daño no se atribuyen al Estado, y las obligaciones que a éste incumben nacen simplemente porque dichas actividades se desarrollan bajo su jurisdicción o control. El daño es asimismo un componente distintivo en tanto en la responsabilidad por ilicitud no se exige la existencia del

daño material, el daño jurídico es consecuencia inevitable de la violación, mientras que en la responsabilidad sine delicto es el daño material que la desencadena.

Las cuestiones referidas al tipo de actos que pueden o no configurar un ilícito internacional, para el caso de ciertas entidades o individuos distintos de los Estados, resultan de particular importancia para el objeto de nuestra investigación, como se verá en el apartado correspondiente al análisis jurídico.

3.4 Conclusiones

- 1) Las normas y principios de derecho internacional económico y particularmente las cláusulas específicas del Acuerdo MSF previstas en el Artículo 1 (relativo al derecho de los Miembros a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias en los términos definidos en el Anexo I literal a)), en el Artículo 2 (relativo a la adopción de medidas), en el Artículo 5 (relativo a la determinación del nivel adecuado de protección) y en el artículo 13 (relativo a la Responsabilidad de los Miembros en materia de implementación del Acuerdo y su observancia) y nos proporcionan suficientes elementos para una argumentación jurídica sobre la legitimidad de las “normas privadas” y las responsabilidades que pueden atribuirse a los Miembros frente a dicha producción normativa.
- 2) El derecho transnacional y la *lex mercatoria* como una de sus manifestaciones, encuentra sus límites en el entorno legal representado por las reglas y principios de derecho internacional económico que claramente define la gobernanza internacional en materia económica y comercial. El principio de autonomía de la voluntad debemos valorarlo a la luz de los propios límites que imponen la moral, las buenas costumbres y el orden público.
- 3) Las reglas y principios de derecho internacional establecidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, deberán guiar nuestra argumentación jurídica con especial apego a las reglas de interpretación y a los principios de buena fe, efecto útil y *Pacta Sunt Servanda*.

CAPÍTULO IV: LA LEGITIMIDAD DE LAS “NORMAS PRIVADAS” Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS: Análisis Jurídico a la luz de las cláusulas específicas del Acuerdo MSF

4.1 Precisiones previas en cuanto a la sistematización del análisis jurídico a desarrollar

Tal como nos propusimos en oportunidad de describir nuestro modelo de análisis en el Capítulo I, recurriremos al entorno o contexto normativo para efectuar la tarea interpretativa, incluyendo a las “normas privadas” como norma de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes, utilizando la progresión del razonamiento jurídico expuesto por el destacado jurista Max Huber, citado por la CDI en su estudio.

En tal sentido, nuestro proceso de interpretación lo efectuaremos a la luz de las cláusulas específicas del Acuerdo MSF, que hemos indicado en el literal 1) de las conclusiones a las que arribamos en el Capítulo IV.

Los principios generales de derecho, incluidos el de *pacta sunt servanda* y autonomía de la voluntad que hemos desarrollado asimismo en el Capítulo III, los utilizaremos como parte de la argumentación jurídica, al igual que las reglas y principios de interpretación que nos proporciona la Convención de Viena.

Bajo las premisas indicadas, dividimos el análisis de este Capítulo para tratar en primer término, la legitimidad de las “normas privadas” y los límites que al principio de autonomía de la voluntad derivan de las disposiciones específicas del Acuerdo MSF (Artículos 1, 2 y 5). En segundo lugar, abordamos específicamente, el alcance y contenido del Artículo 13.

4.2 La legitimidad de las “normas privadas” frente a las cláusulas específicas del Acuerdo MSF

4.2.1 Anexo A numeral 1 del Acuerdo MSF: El carácter imperativo de las disposiciones normativas en materia sanitaria y fitosanitaria

En el Capítulo II, sección 2.1, conceptualizamos las “normas privadas” y acudimos a dichos efectos, a la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias contenida en el Anexo A numeral 1 del Acuerdo, indicando además, nuestra valoración en torno a lo previsto en el párrafo final de dicho numeral. Sostuvimos al respecto, que dicho párrafo, enuncia los instrumentos normativos (leyes, decretos, reglamentos, prescripciones), mediante los cuales se exterioriza la obligatoriedad de las medidas sanitarias y fitosanitarias y el alcance general de las mismas.

El Acuerdo MSF no legitimó por ende, como si lo hizo el Acuerdo OTC para las “normas”, la posibilidad de que entidades u operadores privados pudieran definir medidas sanitarias y fitosanitarias, así como tampoco les atribuyó actividades de “normalización”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Recordemos que las organizaciones de referencia normativa para el Acuerdo MSF, a diferencia del Acuerdo OTC, son organismos internacionales de naturaleza gubernamental.

Lo previsto en el párrafo a que hicimos referencia anteriormente, es de medular importancia entonces, pero no como fundamento para sostener que como este párrafo hace referencia a normas jurídicas que claramente emanan de los respectivos poderes públicos, su aplicación no alcance ni mandate a disciplinar las conductas privadas. Muy por el contrario, las disposiciones que se mencionan, son verdaderas reglas imperativas de conducta.

En efecto, como hemos expresado en oportunidad de analizar la naturaleza de las “normas privadas” en el Capítulo II, las normas jurídicas imperativas son aquellas que obligan a los destinatarios independientemente de su voluntad y, en este sentido, los obligados tienen que actuar necesariamente conforme a lo prescrito en la norma, no pudiendo decidir la realización de otra conducta diferente.

Adicionalmente, la referencia que efectúa este párrafo a las disposiciones normativas indicadas, es coherente con la materia que regulan y claramente alineado a las políticas públicas que los Miembros instrumentan a nivel interno en materia sanitaria y fitosanitaria.

Visto entonces desde esta perspectiva, sabido es que hay una razón de ser o fundamento anterior que ha llevado a que, en los ordenamientos jurídicos nacionales se considere la regulación protectora de la salud humana, animal o vegetal como parte de los cometidos esenciales del Estado y de la elaboración de políticas públicas.

La misma conclusión se desprende desde la perspectiva de los compromisos que el Estado asume en el ámbito internacional cuando opta por relacionarse o no con otros Estados sobre la base de la coordinación, en tanto manifestación externa de su soberanía, y en mayor medida aun, cuando decide someterse por razones de política exterior y comercial, a las reglas derivadas del derecho internacional económico.

En ambos casos, las acciones que el Estado emprende sobre la base de mandatos consagrados a nivel constitucional y legal, responden a un interés general que se pretende tutelar y que van más allá de los intereses individualmente considerados.

El interés general lleva consigo la limitación de la protección exterior de la libertad, porque compete al Estado, se explicita en su derecho positivo y “(...) encierra el reconocimiento de la necesidad de la propia persona humana y de sus comunidades, de la acción de la sociedad políticamente estructurada (Estado), para afirmar las potencialidades de su naturaleza (...)” (Brito, M. 1985: Pág. 11)

Desde tiempos remotos, los países han sufrido consecuencias para la salud humana, animal y vegetal, resultantes de la aparición y diseminación en sus territorios de plagas y enfermedades. La respuesta habitual de los poderes públicos ha sido la adopción de medidas de regulación que, para que se consideren verdaderamente útiles, deben instituir órganos responsables de la adopción, entre otras, de medidas cuyo objeto está claramente delimitado,¹⁴⁷ así como de acciones de supervisión, dirección y control, que permitan conjugar dichos factores con los intereses particulares en juego.

¹⁴⁷ Como lo está en el Anexo al Acuerdo MSF cuando trata la definición de medida sanitaria y fitosanitaria.

Para el caso específico de la inocuidad alimentaria, por ejemplo, se ha señalado que *“es obligación del Estado proteger a la salud de los consumidores, y reducir la probabilidad que la población se exponga a enfermedades transmitidas por el consumo de alimentos. Esta responsabilidad se concreta primero, por medio de una legislación nacional capaz de ser modificada y modernizada constantemente y segundo, de un sistema de fiscalización de la calidad de los alimentos consumidos”*¹⁴⁸.

Dicha regulación limita, por consiguiente, el ejercicio de derechos individuales, como resultado de una “ponderación” de las ventajas o inconvenientes que puede significar para una determinada persona con respecto a las ventajas o inconvenientes que una norma jurídica aporta a la comunidad. En efecto, estimar la razonabilidad de la ley exige *“(…) que exista cierta substancial y razonable relación entre el acto (Ley, acto administrativo, sentencia) y la seguridad, salubridad, moralidad y bienestar públicos”*. (Linares, J.F. 1989: Pág. 32-33)

Es inherente al Estado de Derecho que una norma no pueda fundamentarse en cualquier interés para limitar los derechos individuales, sino en un interés más “abarcativo”, equivalente a bien común. Con meridiana claridad se ha dicho al respecto que:

(…) “El interés público no es de entidad superior al interés privado ni existe contraposición entre ambos: el interés público solo es prevalente con respecto al interés privado, tiene prioridad o predominancia por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad. Si el interés público y el interés privado tienen la misma identidad sustancial, si son cualitativamente semejantes, distinguiéndose solo cualitativamente, de suerte que el primero debe prevalecer o primar sobre el segundo, va de suyo que el interés privado no pueda ser sacrificado al interés público, aún cuando pueda ser desplazado o sustituido por éste (..)” (Escola, H.J. 1989: Pág. 249)

Esto es lo que sucede en materia sanitaria y fitosanitaria, en tanto el interés privado es desplazado por la generación de un marco normativo que limita su accionar para proteger un bien cuyo valor resulta incluso significativamente más trascendente que la libertad de comercio: la protección de la salud humana, animal y vegetal.

Entendemos entonces que recae sobre el Estado¹⁴⁹ la obligatoriedad de proteger la salud humana, animal y vegetal de la entrada o propagación de plagas o enfermedades que por su propia naturaleza y características, rebasan en muchos casos las fronteras físicas, justificando además un accionar de coordinación entre Estados que tienen el deber de garantizar que la protección de dichos bienes jurídicos se efectúe en apego a las normas regulatorias acordadas y que no configuren una restricción encubierta al comercio internacional.

148 El Acuerdo sobre aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias: Contenido y Alcance para América Latina y el Caribe María Angélica Larach, Oficial de Asuntos Económicos de la División de Comercio Internacional e Integración de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie Comercio Internacional (39), Diciembre 2013.

149 Lo que no enerva, ni contradice ni niega la consagración de una responsabilidad compartida también con las empresas o entidades que intervienen en las cadenas de producción de alimentos y que se consagra en algunos ordenamientos jurídicos como el de la Unión Europea en materia de Seguridad Alimentaria. Esta responsabilidad, lejos de legitimar una “captura regulatoria”, la descarta a nuestro juicio claramente la propia normativa Europea.

Es precisamente por esa razón, que tanto los temas de inocuidad como los relacionados con la protección de la sanidad animal y vegetal, han quedado tradicionalmente sujetos a disposiciones **normativas de orden público** por expresa consagración a nivel legal y, consecuentemente, han sido objeto de disciplinamiento en el marco de la actuación del estado a nivel internacional

No podemos dejar de considerar entonces, la índole de los intereses que las normas jurídicas atienden prioritaria o directamente y en tal sentido es claro que hay ámbitos y materias como la sanitaria y fitosanitaria, en los cuales la atención exclusiva o prioritaria del interés general hace inadecuadas e ilegítimas soluciones que sólo atienden intereses privados.

Consideramos finalmente, que la argumentación planteada, resulta reforzada si nos remitimos a alguna de las tantas disposiciones de los ordenamientos jurídicos de los Miembros de la OMC que abordan el disciplinamiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel legal como instrumento para la materialización de políticas públicas en esa materia.

Tomaremos a efectos ilustrativos, dos conceptos que tienen directa relación con lo que estamos sosteniendo y que se plasman en la Ley de Protección Fitosanitaria de la República de Costa Rica, N° 7664¹⁵⁰, que en su artículo 1, **declara de Interés público y aplicación obligatoria**, las medidas de protección fitosanitaria establecidas en dicha ley y sus reglamentos.

En igual sentido, pero con particularidades jurídicas que consideramos por demás acertadas, la Ley 27233¹⁵¹ de la República Argentina, a tiempo que declara de interés nacional todos los aspectos vinculados con la sanidad animal y vegetal, comprendiendo en su alcance las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Acuerdo MSF de la OMC aprobado por Ley 24.425; declara de orden público las normas nacionales por las cuales se instrumenta o reglamenta el desarrollo de las acciones destinadas a preservar la sanidad animal y la protección de las especies de origen vegetal, y la condición higiénico-sanitaria de los alimentos de origen agropecuario. Adicionalmente, especifica la responsabilidad primaria e ineludible de los actores privados, sean personas físicas o jurídicas, de velar y responder por la sanidad, inocuidad, higiene y calidad de su producción, **de conformidad a la normativa vigente y a la que en el futuro se establezca**.

Lo antes expuesto, resulta consistente con los compromisos asumidos a nivel internacional y el camino seguido particularmente en el Acuerdo MSF, en cuanto a descartar la producción normativa privada en esta materia, conducta a la cual se la limita claramente al establecer a texto expreso la naturaleza de orden público de la regulación sanitaria y fitosanitaria. En tal sentido, por tratarse de materias reservadas a ley, de producirse una intromisión o una “captura regulatoria” por una “norma privada”, estaremos frente a un caso de invalidez en tanto conducta contraria a la norma imperativa de orden público.

150 Disponible en: https://www.cne.go.cr/cedo_dvd5/files/flash_content/pdf/spa/doc389/doc389-contenido.pdf

151 Disponible en InfoLEG, base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. <http://unterseccionalroca.org.ar/imagenes/documentos/leg/Ley%2027233%20%28D%20Inter%-C3%A9s%20Nacional%29.pdf>

4.2.2 El Artículo 5 del Acuerdo MSF: Las atribuciones de los Miembros en la determinación del Nivel Adecuado de Protección (NAP)

De acuerdo a lo previsto en el Anexo A, párrafo 5, el NAP, es el nivel que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio.

De lo expuesto en la definición indicada, se desprende que la propia disposición internacional que resulta aplicable para la determinación del NAP, (**Anexo A párrafo 5 del Acuerdo MSF**), consagra a texto expreso que la decisión en cuanto al nivel de riesgo que un país está dispuesto a asumir o “tolerar” compete a los Miembros y consecuentemente, no puede legítimamente ni ser definida ni responder a intereses privados. El claro tenor literal de la norma en cuestión en lo que a este aspecto refiere, no amerita recurrir a reglas interpretativas adicionales para sustentar que son por ende los propios Miembros, a través de sus organismos públicos competentes y por razones de interés general y no privadas, que determinan el NAP sin que se hayan previsto en el marco del Acuerdo, excepciones a esta disposición.

No resulta para nada extraño que el Acuerdo regule y ponga a cargo de los Miembros su determinación, porque son varios los aspectos de interés general que deberá valorar y porque ello es coherente como elemento de política pública¹⁵² y a su vez, resulta razonable y consistente con el equilibrio que el Acuerdo pretende lograr entre los objetivos legítimos de protección sanitaria o fitosanitaria y la liberalización del comercio.

En un interesante informe, el Órgano de Apelación¹⁵³ ha sostenido incluso, que la fijación del NAP, no puede ser efectuada ni siquiera por un grupo especial o el propio Órgano de Apelación.

Adicionalmente, el proceso de determinación del NAP, tampoco puede efectuarlo un Miembro con total discrecionalidad porque el Acuerdo en cierta forma también limita, a través de su disciplinamiento, los márgenes de actuación en dicho aspecto. En efecto, recordemos en tal sentido, que el artículo 5 del Acuerdo MSF prescribe la necesidad de recurrir a testimonios científicos suficientes criterios científicos, teniendo en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio y de ser coherentes en la aplicación del concepto NAP, evitando distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que se consideren adecuados en diferentes situaciones.

Otro aspecto importante a considerar que, siendo el nivel adecuado de protección el que determina la medida sanitaria o fitosanitaria que ha de establecerse o mantenerse¹⁵⁴, ello enerva toda posibilidad de que el mismo pueda ser definido por actores privados en base a un interés propio o particular.

152 MÉNDEZ define la política pública como “(...) ejecución de una acción o conjunto de acciones estratégicas relacionadas, utilizando como incentivos uno o varios recursos: de organización; económicos; legales; etc., siguiendo cierto orden establecido por una estrategia de acción o programa, a fin de cumplir ciertos objetivos generales (soluciones) fijados por el Estado, en donde gracias a un diagnóstico, dicha estrategia y objetivos generales se asocian en la resolución de un problema percibido por el Estado como público”

153 *Ibidem* párrafo 209.

154 Asunto Australia – Salmón, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 203.

El Órgano de Apelación¹⁵⁵ ha efectuado un pronunciamiento de significativa relevancia en cuanto a estos aspectos, y ha sostenido que si una medida sanitaria o fitosanitaria no se basa en una evaluación de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, porque no ha habido ninguna evaluación del riesgo o porque la misma ha sido insuficiente, constituye un indicio de que esta medida no tiene en realidad por objeto la protección de la vida y la salud de las personas y los animales o a la preservación de los vegetales, sino que es una “restricción encubierta del comercio internacional”.

Siguiendo este mismo razonamiento, si son los países los empoderados para fijar el nivel adecuado de protección, con base en respaldo científico suficiente, cualquier norma privada que establezca niveles más estrictos que los de una medida gubernamental, debe generar de plano la presunción de que no ha sido prevista, en su formulación, la consideración de similar sustentación científica.

Recordamos en tal sentido, que a los efectos del párrafo 6 del artículo 5, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida¹⁵⁶, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

En efecto, la medida por sí sola no puede establecerse y requiere, a la luz de la norma en examen una valoración previa del nivel de riesgo que el Miembro considera aceptable y en tal sentido, implica claramente una decisión de los organismos estatales correspondientes, en tanto como veíamos, el **nivel de protección a la salud humana, animal o vegetal es claramente un objetivo de las políticas públicas** que precede a la elección de la medida que habrá de aplicarse para el manejo del riesgo identificado por los propios Miembros.¹⁵⁷

Los conceptos de evaluación de riesgos y determinación del nivel adecuado de protección están estrechamente vinculados, con lo cual sostener que este último puede darse en virtud de una decisión privada, independiente de cualquier evaluación de riesgo es a nuestro juicio una situación que menoscaba las garantías ofrecidas por dicho acuerdo, así como los objetivos que persigue.

Recordemos, igualmente, que para el Acuerdo MSF, la cuestión de si una medida sanitaria o fitosanitaria es necesaria debe determinarse con arreglo a las disposiciones del propio Acuerdo¹⁵⁸, debiendo recurrirse entonces a principios científicos de acuerdo a lo previsto en el artículo 2, a normas internacionales de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 y a la evaluación de riesgos consagrada en el artículo 5, ello sin perjuicio de las propias prerrogativas que el Acuerdo establece en cada caso.

155 Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 166.

156 La gubernamental en nuestro caso, derivada de precisamente del nivel de protección determinado por el Miembro de que se trate.

157 Es por esta razón que consideramos necesario al menos observar, que la Decisión número 15 del Comité MSF (Documento G/SPS/15), independiza de tal manera el concepto de nivel adecuado de protección de la medida sanitaria o fitosanitaria que podría incluso argumentarse, que dicha decisión se aparta sutilmente de lo consagrado en el Acuerdo pero con consecuencias importantes para la generación de trabas al comercio.

158 Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239.

Haciendo uso de dichas prerrogativas, un miembro puede por ejemplo decidir no aplicar las normas internacionales acordados por las organizaciones internacionales de referencia, si tiene justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5.

Esta rigurosidad en los procedimientos impuestos por el Acuerdo MSF responde al reconocimiento del potencial efecto restrictivo al comercio que medidas de esta naturaleza pueden suponer. La preocupación en torno a evitar restricciones injustificadas llevó a los creadores del Acuerdo a reflejar esa intención en prácticamente todos los artículos de esta norma especial y, de esta forma, se auto limitaron voluntariamente.

Como veremos en detalle al analizar el Artículo 13 del Acuerdo MSF, sostener que esas limitaciones se las autoimponen los Miembros dejando en absoluta libertad a privados o entidades privadas para actuar en esas esferas en forma autónoma, implica desconocer la norma y no considerar en sus justos términos la primacía que debemos darle al texto, al contexto y al objetivo y fin de la misma en cualquier ejercicio interpretativo.

A mayor abundamiento y considerando lo previsto en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, que permite a los miembros adoptar medidas provisionales aun cuando no existen testimonios científicos suficientes para tomar una decisión final sobre la inocuidad de un producto o proceso, sujetas a un ulterior proceso de evaluación y revisión; es posible sostener que muchas normas privadas parecen responder más al enfoque del principio precautorio “OMC Plus”, y no tanto a la lógica del principio de precaución contenido en el Acuerdo MSF.

Efectivamente, se llega en algunos casos, a invertir la carga de la prueba, exigiéndole en los mercados que aplican dichas normas, que demuestren “ex ante” que su ingreso a los mismos no implican ningún riesgo al medioambiente o a la salud de las personas, animales o plantas.

Sobre esta reversión de la carga de la prueba, la OMC nos dice:

“La disciplina de la evaluación del riesgo, una de las obligaciones básicas del Acuerdo MSF, se formuló para orientar la actuación en situaciones en las cuales hay un conocimiento incompleto de los riesgos para la salud. Se concentra en la probabilidad de la aparición de un peligro y sus posibles consecuencias, porque el conocimiento completo es muy raro. Además, es prácticamente imposible demostrar científicamente la “inocuidad” de un alimento o producto, y los científicos tratan más bien de buscar pruebas de algún daño” (Ibidem)

Si de una regulación oficial se tratara, este tipo de exigencias a nuestro entender resultaría claramente violatoria de las disposiciones multilaterales sobre la materia, toda vez que supondrían una inversión de la carga de la prueba que rebasa los cauces del principio precautorio tal y como se encuentra reflejado en la OMC, en lo que vendría a constituirse en un principio precautorio OMC plus, al estilo de los Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente.

Tememos que todo esto derive, como se ha sostenido, citando a Capella, (1997: Pág. 273),¹⁵⁹ en la regresión hacia una nueva *lex mercatoria*, con normas acordadas explícita o implícitamente por grandes agentes económicos con total independencia de los poderes públicos, para regular sus relaciones recíprocas, sus relaciones con los estados y para determinar las políticas de estos, porque ella transforma y revierte el espectro normativo estatal sin necesidad de consentimiento alguno por parte de los Estados.

4.2.3 El Artículo 2 del Acuerdo MSF: El derecho a la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias

En oportunidad de considerar el contenido del Acuerdo MSF, hacíamos referencia a lo previsto en el Artículo 2 párrafo 1, que formulado bajo el título “Derechos y Obligaciones Básicas” dispone que *“Los miembros tienen derecho a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo”*.

Precisemos en primer lugar, que el término “adoptar” sea que se refiere a “hacer suya una medida” o “a tomar una medida” o “a determinar una medida” se reconoce y atribuye en forma clara, directa y concisa a los Miembros (partes contratantes en el GATT) desde el párrafo primero del preámbulo y se concreta expresamente en la formulación de este artículo. Sin embargo, este derecho es reconocido en tanto las medidas sean **“necesarias”, pertenezcan al grupo de políticas destinadas a proteger la salud, la vida de personas y animales o a preservar los vegetales y guarden una relación sustancial con éstas.**

El **criterio de necesidad** entraña un proceso de “sopesar y confrontar” una serie de factores, entre los que se incluyen: **la contribución que hace la medida al logro de su objetivo; la importancia de los intereses o valores en juego y; el grado de restricción del comercio que implica**¹⁶⁰. Ha sido interpretado como “indispensable”, no siendo suficiente que simplemente “contribuya a”¹⁶¹.

Tales medidas, no pueden ser obviamente incompatibles con el acuerdo, tienen que estar basadas en principios científicos y no deben discriminar en forma arbitraria o injustificadamente, aspectos que representan desde nuestra perspectiva, expresiones cabales de la voluntad de los Miembros al suscribir el Acuerdo y que no deberían pasar desapercibidas de ningún ejercicio interpretativo realizado de buena fe, que considere la primacía de los textos y que atienda al objetivo y finalidad del Acuerdo MSF.

Recordemos adicionalmente, que al abordar el tratamiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias en el ámbito del **Artículo XX literal b)**, señalamos que esta disposición, cuya aplicación regula el Acuerdo MSF con importante nivel de detalle, constituye

159 Mira González, C.M “La *lex mercatoria* como fuente del derecho internacional”, Revista CES DERECHO. Volumen 4 No.2 Julio-Diciembre / 2013 file:///C:/Users/Win%207%20HP/Downloads/DialnetLaLexMercatoriaComoFuenteDelDerechoInternacional-4863654.pdf

160 Informe del Órgano de Apelación en el Asunto Brasi – Neumáticos recauchutados. Párrafo 178.

161 Informe del Órgano de Apelación en el Asunto Corea – Carne Vacuna. Párrafo 164.

una excepción¹⁶² general que habilita a la Partes Contratantes en la terminología del GATT, a hacer lo que de otro modo estaría prohibido bajo las disposiciones de dicho Acuerdo comercial, aplicar restricciones al comercio.

Profundizando un poco más en el análisis, quizás resulte ilustrativo preguntarnos el fundamento por el cual en el Acuerdo MSF se coloca como sujetos de la “obligación” y del “derecho” a los Miembros, cuando en otros acuerdos del sistema multilateral de comercio, que tienen la misma naturaleza jurídica que el Acuerdo MSF, se introdujera a título expreso la atribución de determinar o adoptar “normas” por organismos de normalización como lo hace el Acuerdo OTC.

La respuesta a esta interrogante, la obtenemos del análisis del propio Acuerdo MSF, cuyas disposiciones claramente no previeron esta posibilidad ni dejaron margen alguno que pudiera legitimar el establecimiento o la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel privado. Por el contrario, como hemos visto anteriormente, los compromisos internacionales asumidos en el Acuerdo MSF, están a nuestro juicio, en un todo alineados con las políticas públicas que los Miembros desarrollan en sus correspondientes ordenamientos jurídicos internos respecto a la materia sanitaria y fitosanitaria. Bajo esta perspectiva, la regulación privada sobre esta materia, configuraría lo que a nivel doctrinal se considera una ilegítima “captura regulatoria.” (Baldiwin y Cave. 1999).

Esta captura regulatoria ha sido descrita como aquella que se produce cuando las relaciones entre las autoridades regulatorias y los sujetos de regulación se vuelven demasiado estrechas y llevan a perseguir la protección de los intereses de las empresas reguladas y no los del público en general. Al respecto, se ha expresado que:

“(...) esta definición admite la posibilidad de que se produzca la captura regulatoria, fenómenos según el cual los grupos de presión nacionales logran -con dudosa legitimidad-, la sanción de reglamentos técnicos que básicamente constituyen un obstáculo al comercio y generan un menoscabo del bienestar tanto para los productores extranjeros como para el país importador, aunque resulten beneficiosos para el bienestar de los productores locales. La posibilidad de que las MSFs generen un impacto perturbador en el comercio y provoquen una pérdida en el superávit generado por el intercambio internacional las convierte en un potencial instrumento proteccionista y coloca a la política comercial en el foco del debate”. (Lacovone, L. 2005: Pág. 107)

De igual manera, cabe recordar la “huida del poder público” de la que nos hablaba Sarmiento¹⁶³, sobre la cual refería que “ha desembocado en una proliferación de normas privadas de carácter obligacional, pero de dudosa naturaleza jurídica (...)”, no se ha dado al menos, en lo que a la regulación nacional e internacional de la materia sanitaria y fitosanitaria refiere. Consideramos en cambio, que asistimos a un fenómeno de “captura regulatoria ilegítima” que encuentra su máxima expresión en las conductas privadas asumidas en el

162 Excepción que debe ser de interpretación estricta

163 En La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law, Cuaderno de Derecho Público, núm. 28 (mayo – agosto 2006)

marco de las transacciones comerciales internacionales respecto a materias a las cuales el “poder público” ha marcado una clara política internacional en el sentido de cristalizar un “enfoque basado en reglas”. (Idógoras, G. Fied, A. Lara, P. 2011: Pág. 889)

Compartimos por ende las expresiones del autor citado cuando concluye que “*la comunidad internacional adoptó el “enfoque basado en reglas”, alternativo al enfoque de la preeminencia del poder negociador de las partes*”, por lo que más allá de los argumentos que lo avalan para dar estabilidad y seguridad a las relaciones económicas internacionales, el mismo se convirtió en un **infranqueable límite**, al menos en el papel, a la actuación privada, resultando “(...) *inconcebible que los particulares pudiesen organizar a su medida una actividad de tamaño interés público e internacional*” (Ibídem), contando con preceptos normativos que claramente imponen que tanto la elaboración como la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias, se atribuye a Miembros de la OMC.

Lo cierto es sin embargo, que pese a que dicho accionar es claramente contrario al precepto normativo analizado en el marco del Artículo 2 del Acuerdo MSF, sean algunos Miembros de la propia OMC, los que hayan puesto en tela de juicio y cuestionado las competencias del Comité MSF para intervenir en estas materias.

4.3 Las “Normas privadas” y la Responsabilidad de los Miembros de la OMC: El alcance y el contenido del Artículo 13 del Acuerdo MSF

El Artículo 13, ha sido una de las disposiciones más controvertidas en el tratamiento de las preocupaciones que se han planteado en el ámbito del Comité MSF.

En efecto, recordemos que los avances que se lograron luego de arduas discusiones, respecto a acordar el tratamiento de las “normas privadas” en el ámbito del Comité¹⁶⁴ (limitando sus deliberaciones a las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias establecidas o adoptadas por entidades no gubernamentales para conseguir uno de los cuatro objetivos enumerados en el párrafo 1 del Anexo A), no tuvieron los frutos esperados, por la imposibilidad de lograr una definición consensuada debido a las diferencias planteadas por algunos Miembros en relación a la expresión “entidad no gubernamental” que utiliza el Artículo 13, así como respecto a las opiniones divergentes en torno al alcance de este artículo.

Es por las razones indicadas, que para el análisis de esta sección, nos detendremos en la consideración de algunos puntos de vista que determinaron el estancamiento los trabajos emprendidos por el Comité MSF y que ello tuviera directa relación, con las demoras incurridas en la aprobación del Cuarto Examen de Funcionamiento del Acuerdo, el que se concreta luego de tres años de discusiones, en junio del presente año¹⁶⁵.

Christiane Wolff (Conferencia OIE 2008, pág. 103)¹⁶⁶, con su acostumbrada elocuencia,

164 Acuerdo que como vimos en oportunidad de efectuar en nuestra evaluación inicial (Capítulo II, sección 2.2), tardó en materializarse habida cuenta de la oposición de algunos Miembros que consideraban que por tratarse de normas elaboradas en ámbitos privados, no debían ser tratadas en el ámbito del Comité.

165 Ver Capítulo II, sección 2.2 en la cual efectuamos el resumen cronológico de lo acontecido.

166 Christiane Wolff: Consejera, Dirección de Agricultura y Productos Básicos de la Organización Mundial del Comercio en “LAS NORMAS PRIVADAS Y EL COMITÉ DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS DE LA OMC” - Conf. OIE 2008, pág. 103.

sintetiza la cuestión en los siguientes términos:

“(…) ¿Se aplica el Acuerdo MSF a las normas privadas? Los miembros de la OMC tienen opiniones divergentes al respecto, a causa, entre otros motivos, de las distintas interpretaciones que se hacen del Artículo 13 del acuerdo. Varios miembros de la OMC consideran que dicho artículo obliga a los miembros a asegurarse de que los organismos que elaboran normas privadas en sus territorios cumplen el acuerdo, mientras que otros discuerdan.

Las tres últimas frases del Artículo 13 mencionan a las “entidades no gubernamentales” sin definir las y en tal sentido las opiniones se dividen también entre quienes opinan que comprende las entidades que elaboran normas privadas mientras otros opinan que solo incluye a las normas de aquellas entidades a las cuales los gobiernos hayan encargado alguna actividad vinculada al Acuerdo MSF¹⁶⁷ (...)”.

A nuestro modo de ver, se ha incurrido en un error conceptual en la base argumentativa de determinadas posiciones que parten por considerar el Artículo 13 como disposición regulatoria del ámbito de aplicación del Acuerdo,¹⁶⁸ o quienes vinculan esta disposición a los alcances de los tratados internacionales a los individuos¹⁶⁹, aspectos que son claramente distintos y que no se abordan en la disposición en examen.

En efecto, en lo que respecta a este último aspecto, ccontrariamente a lo que se ha sustentado, entendemos que las reglas de derecho que se consagran en los tratados válidamente concluidos alcanzan a los individuos de los Miembros que los han suscripto, lo cual no equivale a concluir que existe una “aplicación directa” de sus disciplinas a los particulares, como si de un proceso de integración supranacional se tratase.

Si bien vimos en el marco teórico las distintas posiciones doctrinales que se desarrollan sobre el particular y que han sido objeto de constantes consideraciones en el abordaje del alcance a los individuos de las reglas el derecho internacional público y particularmente del derecho internacional económico, no podemos dejar de precisar que se incurre en un error conceptual de base cuando se pretende justificar en base a ese debate doctrinal, que la “captura regulatoria” a la que asistimos, por generarse en ámbitos estrictamente privados, escapan a toda consideración en el ámbito del sistema multilateral.

En efecto, dicha “conducta” privada se encuentra regulada y resulta alcanzada por las disposiciones que derivan del derecho internacional económico, en tanto se originan en ámbitos sujetos a jurisdicción de los distintos Miembros, sea por su aplicación inmediata o por virtud de la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de

167 El documento G/SPS/GEN/802, presentado por el Reino Unido, contiene un análisis detallado del Artículo 13 y de otros artículos de los Acuerdos MSF y OTC. Asimismo, este documento presenta un análisis jurídico no oficial realizado por O'Connor and Company, bufete de abogados de Bruselas.

168 Este error conceptual, lo vemos reflejado en las propias discusiones que se han formulado en el ámbito del Comité MSF, como se desprende del tenor de los documentos que se han circulado y que hemos considerado en términos generales, al investigar en torno al tratamiento de las “normas privadas” en dicho contexto en el Capítulo II.

169 G/SPS/R/37 y G/SPS/R/46

normativa internacional.

Se ha sostenido con acierto que:

“..El problema planteado obliga a teorizar respecto a las relaciones entre el derecho y el derecho internacional y su efecto sobre los particulares” y que ha sido una constante en el debate doctrinario dado que de él “(...) devienen las distintas teorías sobre la forma en que las normas del derecho internacional se aplican a los particulares de los países (efecto directo, incorporación a la legislación nacional) y a la responsabilidad internacional de los Estados.

La importancia de remitirnos a los fundamentos del debate doctrinario sobre el efecto de los Acuerdos respecto a los particulares, es porque, más allá de que sea por efecto directo o por incorporación a las legislaciones nacionales, los productores y empresarios de los Miembros han adquirido derechos que devienen de los Acuerdos, el Acuerdo MSF en el caso que nos ocupa, los cuales se han constituido en un derecho para todos los nacionales de los países Miembros de la OMC.” (Idógoras, G. Fied, A. Lara, P. 2011: Pág. 93)

Concluyen los autores del trabajo indicado que:

“De acuerdo a las reflexiones expuestas, afirmar que los Acuerdos de la OMC no se aplican a particulares, y por lo tanto obligan solo a los Estados, sería una simplificación un tanto apresurada de los efectos legales de los Tratados en materia de derecho económico internacional.

Con más precisión jurídica podría afirmarse que los acuerdos de la OMC no tienen efecto directo sobre los particulares de los Estados Miembros, o no obligan directamente a los particulares. Esto no implica que no se generen derechos y obligaciones respecto de los mismos en tanto y en cuanto los Estados incorporan dichos Acuerdos a la legislación nacional, ni que los Estados no deban garantizar la observancia de los mismos”. (Ibídem)

4.3.1 El carácter implementativo del Artículo 13

Para comenzar a entender el verdadero alcance del Artículo 13 del Acuerdo MSF, frente a algunas lecturas que se ha pretendido darle, es necesario tomar en consideración una aproximación de tipo sistémico, habida cuenta de algunos matices que hemos detectado entre las versiones en inglés y francés de dicho acuerdo, frente a la versión en español.

El texto en español del Acuerdo MSF tiene como título para dicho Artículo la palabra “Aplicación”, lo que podría entenderse erróneamente como referido al ámbito de aplicación de dicho acuerdo, incluyendo por consiguiente a los directamente responsables de su cumplimiento, cuando en realidad el contenido del Artículo 13 está referido a

cuestiones vinculadas a la implementación y observancia del Acuerdo MSF dentro de su territorio.

En efecto, recurriendo a la versión en inglés constatamos que, la expresión utilizada es **“Implementation”** y en el mismo sentido, el texto en la versión francesa que refiere a **“Mise en Oeuvre”**, expresión cuya primera acepción es **“implementación”** o **“puesta en marcha”**, o **“puesta en aplicación”**, si se quiere. De hecho, si revisamos el Diccionario en línea WordReference, encontramos con que la palabra implementación se traduce del español al francés como *“mise en oeuvre, mise en place nf”*¹⁷⁰, al tiempo que la misma herramienta en línea traduce *“mise en oeuvre”* como *“aplicación, implementación nf/puesta en marcha nf + loc adj”*¹⁷¹.

Por su parte, el Diccionario en línea Diccionario Espasa Grand: español-francés français-espagnol © 2000 Espasa-Calpe traduce la palabra **“implementación”** como **“f Inform implémentation f”**¹⁷², definiéndola a su vez como **“f Inform implementación, instalación”**¹⁷³.

Creemos, en virtud de lo señalado, que una adecuada expresión para rotular el Artículo 13 en su versión en español, debió ser **“Implementación”**, aspecto que resulta de capital importancia en nuestro análisis, en tanto **hace caer como veremos al avanzar en la progresión de nuestro razonamiento jurídico, toda posición que sustentada en que este artículo regula el ámbito de aplicación del Acuerdo, pretenda despejar en base al mismo, la interrogante en relación a si el Acuerdo aplica a las “normas privadas” o si la expresión “entidades gubernamentales” abarca o no, a toda entidad privada independientemente de si actúan bajo un mandato gubernamental al elaborar y aplicar dichas normas.**

Con relación a versiones de los textos que hemos visto, entendemos que corresponde proceder conforme a lo previsto en el párrafo 3 del Artículo 33 de la Convención de Viena, que establece la presunción en cuanto a que los términos de un tratado tienen igual sentido en cada uno de los textos autenticados, y adicionalmente, en línea con lo previsto en el párrafo 4 del mismo artículo, que refiriéndose a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas, señala que si la diferencia de sentido identificada entre las distintas versiones no pueda resolverse de acuerdo con las reglas generales de interpretación, o recurriendo a los medios de interpretación complementarios, **se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.**

En tal sentido, de lo que hemos expresado en relación a estos matices, surge que la diferencia de sentido entre las distintas versiones puede resolverse de acuerdo a las reglas generales de interpretación, considerando el sentido literal de los términos empleados y el propio contenido del tratado.¹⁷⁴

170 <http://www.wordreference.com/esfr/implementaci%C3%B3n>

171 <http://www.wordreference.com/fres/mise%20en%20oeuvre>

172 <http://www.wordreference.com/esfr/implementaci%C3%B3n>

173 <http://www.wordreference.com/fres/impl%C3%A9mentation>

174 Si tuviéramos igualmente que atenernos al objetivo y fin del tratado, deberíamos adoptar el mismo sentido que estamos sosteniendo y conciliar ambas versiones sobre la base de lo que efectivamente regula que es la implementación

Del mismo modo, el título del Artículo 13 debe leerse de manera consistente con el contenido del mismo y en tal sentido, desde la frase que encabeza su redacción (párrafo 1) y de los párrafos siguientes, se hace referencia a la responsabilidad de los Miembros por la **observancia** de las disposiciones del Acuerdo y de todas las obligaciones en el estipuladas, **vale decir, se refuerza la idea de que este artículo está dirigido a dejar claramente sentadas las disposiciones en materia de responsabilidad de los Miembros por la implementación y observancia del Acuerdo MSF dentro de su territorio.**

Es relevante tener en cuenta en tal sentido, que los aspectos vinculados al cumplimiento o la observancia de los Tratados, dicen relación con el efecto de los propios Tratados, aspecto que destacamos al considerar, en el Capítulo III, las disposiciones aplicables de derecho internacional general; siendo el principio *pacta sunt servanda* la piedra angular de las disposiciones de los Tratados referidas al cumplimiento y la observancia, como acciones encaminadas a honrar de buena fe los compromisos asumidos.

Estos aspectos, que empezamos a delinear tan solo con analizar el título de la disposición bajo análisis y lo previsto en su párrafo 1, se aprecia de manera mucho más evidente cuando profundizamos en las obligaciones de los Miembros respecto a las entidades no gubernamentales que actúan en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales.

En efecto, la “observancia” de todas las disposiciones del Acuerdo, que el Artículo 13 impone bajo la responsabilidad de los Miembros, incluye obviamente las previstas en este mismo Artículo con respecto al disciplinamiento de las conductas privadas que se realizan por entidades no gubernamentales que actúan bajo su jurisdicción, aspecto al que nos abocamos a considerar seguidamente.

Lo concerniente a este asunto se encuentra contenido en la siguiente sección de dicho artículo:

“Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo.”

4.3.2 El alcance de la expresión “entidades no gubernamentales”

Esta es una cuestión abordada intensamente, como vimos, en el marco del Comité del Acuerdo. En efecto, adoptando el sentido de la expresión en español “aplicación” como sinónimo de “ámbito de aplicación de la norma”, se ha interpretado, como lo hemos expresado anteriormente, que algunas conductas privadas aún cuando regulen la materia sanitaria y fitosanitaria, no resultan alcanzadas por la disposiciones del Acuerdo MSF. Entendemos que dicha visión, no sólo carece de fundamento jurídico sino que además, no tiene en cuenta el objetivo y fin del Acuerdo MSF que como vimos en el Capítulo III, es precisamente garantizar que las medidas en él comprendidas, sólo se apliquen si son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

MSF de la OMC y se han generado opiniones doctrinales como las sustentadas por BOHANES y SANDFORD (2008), quienes señalan que los actos de instituciones no gubernamentales estarían sujetos a las disciplinas del Acuerdo MSF sólo en la medida en que tales instituciones operen bajo un mandato gubernamental especial.

Ello, debido a una vinculación errónea que dichos investigadores efectúan, con relación al hecho cierto de que en el lenguaje de la OMC, las expresiones “leyes, decretos, reglamentos, requisitos y prescripciones” (contenidos en la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias del Acuerdo MSF) están siempre asociadas con una acción gubernamental. El intento de definir medidas tomadas por entidades no gubernamentales, interpretando que ello únicamente se refiere a entidades que desempeñan algún tipo de cometido gubernamental es un claro intento por restringir el alcance del artículo 13.

Recordemos en tal sentido, que toda enumeración taxativa origina interpretaciones restrictivas. El artículo 13 no contiene ningún tipo de enumeración taxativa de lo que se entiende por entidad no gubernamental. En ese sentido, y por oposición, toda interpretación de buena fe debería considerar sus alcances dentro de los términos más amplios posibles, sin intentos de limitar o circunscribirlo de manera tal que el problema de fondo quede, precisamente, incólume.

Al respecto, es necesario hacer especial hincapié en lo señalado por el párrafo 2 del Artículo 3 del ESD, en el sentido de que:

“Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.”

Si bien no está dirigido expresamente a analizar las disposiciones bajo estudio, el Órgano de Apelación ha señalado que dicha disposición puede servir de referencia para discernir las normas usuales aplicables a su interpretación. Nótese igualmente, que el enunciado final recoge claramente el principio de Efecto Útil, de suma importancia para nuestro análisis.

Los debates en el ámbito del Comité se han centrado como hemos visto, en intentar precisar los conceptos de entidad no gubernamental y norma privada cuando en realidad, debió analizar en primer término las diferencias notorias que en este aspecto se producen entre el acuerdo MSF y el Acuerdo OTC. Sobre el particular, cualquier ejercicio interpretativo debería partir de la base de las diferencias, no casuales, en torno a lo que pueden o no pueden hacer las “entidades no gubernamentales”, esto es, “entidades que no son del gobierno” según la propia definición del Acuerdo OTC. Este Acuerdo, reconoció a dichas entidades con capacidad para “elaborar normas” y también para “aplicarlas” y son comúnmente denominadas entidades de normalización habilitadas con frecuencia, a elaborar normas cuyo contenido no es obligatorio.

Sin embargo, resulta fácilmente advertible que el Acuerdo MSF siguió un camino distinto. A nuestro juicio, cuando el artículo 13 hace referencia a los organismos no gubernamentales, en modo alguno consagra la posibilidad de que dichos organismos no gubernamentales puedan elaborar o adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias, sino que por el contrario, el hecho de que no lo haya señalado expresamente, como si lo hace el Acuerdo OTC, refleja una intencionalidad distinta del legislador, que deja por fuera dicha posibilidad. Ello, partiendo de la base que además, tanto la fijación del nivel adecuado de protección como la medida sanitaria o fitosanitaria en sí misma, son elaboradas o adoptadas por los Miembros, a través de los organismos gubernamentales pertinentes.

El Acuerdo OTC regula específicamente la actividad de entidades no gubernamentales, porque muchos de los aspectos vinculados con la aplicación y aún con la elaboración de normas o reglamentos técnicos son delegados en instituciones u organismos que no forman parte de la estructura gubernamental propiamente dicha.

El tema no pasa por ver si el acuerdo OTC y el Acuerdo MSF comprenden o no a las normas privadas, el Acuerdo OTC consideró en su regulación la práctica usualmente aplicada en los países miembros.

Si bien los principios que inspiraron ambos acuerdos son los mismos que inspiran a todo el sistema multilateral del comercio, las distancias entre ambos acuerdos son grandes en cuanto a las características de uno u otro sistema o régimen institucional. Esto queda confirmado con meridiana claridad cuando advertimos que a título expreso las medidas sanitarias y fitosanitarias son excluidas del tratamiento en el acuerdo OTC.

Evidentemente, no todos comparten esta opinión, Gascoine y O'Connor and Company (OMC, 2007d: 25) sostienen "(...) *Que la posibilidad de aplicar el Acuerdo MSF a las normas privadas no se mencionó nunca en las reuniones formales de negociación ni en los debates informales*" y sobre dicha base, sostienen que el acuerdo MSF no es aplicable a la normativa privada.

Nada más sesgado o menos ajustado a derecho, y nada más peligroso para la previsibilidad del sistema multilateral en materia sanitaria y fitosanitaria que este tipo de interpretaciones, razón por la cual nos ocuparemos de ella con cierto detenimiento:

- En materia de elaboración o adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias el Acuerdo MSF es claro en cuanto a que por tratarse de una clara política pública, corresponde únicamente a las entidades gubernamentales este tipo de actuaciones.
- Al respecto, recordemos que el artículo 31 de la Convención de Viena resalta la necesidad de que la interpretación de los tratados se realice tomando en consideración el contexto de los términos del tratado, y teniendo en cuenta su objeto y finalidad. Del mismo modo, el artículo 26 de la Convención de Viena, que recoge el principio de *pacta sunt servanda*, señala que los tratados obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe.

- Si consideramos el contexto y finalidad en el cual fue redactado el artículo 13 del Acuerdo MSF, resulta evidente que cuando los países miembros de la OMC se sentaron a la mesa de negociaciones durante la Ronda Uruguay y previamente en el marco del GATT 1947, lo hicieron con la intención de negociar las reglas bajo las cuales lo que primordialmente se debía garantizar es el acceso a los mercados de sus exportaciones.
- En ese sentido, determinar, adoptar e imponer medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel privado, menoscaba y erosiona considerablemente los derechos de los países exportadores, adquiridos en virtud de las maratónicas jornadas de negociación que dieron origen al actual sistema multilateral de comercio.
- Recordemos igualmente que el Artículo 32 de la Convención de Viena señala que deberá recurrirse a los medios de interpretación complementarios únicamente cuando la interpretación efectuada bajo la regla general de interpretación contenida en su Artículo 31, deba ser validada o determinada en virtud de persistir aún ambigüedades en el sentido de un tratado, o cuando el resultado de dicha interpretación resulte absurdo o irrazonable, siendo que ninguno de ambos supuestos resulta de aplicabilidad al Artículo 13.
- De igual manera, el fenómeno de la fragmentación del derecho en el campo sanitario y fitosanitario, para la época en la que se negoció el Acuerdo MSF, no se presentaba de manera tan marcada, resultando igualmente razonable suponer que en aquellos momentos no estaba en cuestión para ninguno de los allí presentes el hecho de que son los Estados los únicos empoderados para adoptar este tipo de medidas.
- Y si de los trabajos preparatorios se trata, acompañamos lo expresado por el representante de Argentina cuando en ocasión de abordar la preocupación comercial específica formulada por San Vicente y las Granadinas, en el seno del Comité MSF, señaló que:

“La comunidad internacional había concluido acuerdos internacionales para garantizar que las normas comerciales no fueran innecesariamente rigurosas, de manera que actuaran como obstáculos al comercio internacional, y los países habían dedicado tiempo y recursos financieros y humanos a asistir a todas las reuniones internacionales en las que se habían examinado, elaborado y aplicado normas. Si el sector privado fuera a aplicar unas normas innecesariamente restrictivas que afectarían al comercio y los países no dispusieran de un foro en el que propugnar cierta racionalización de esas normas, 20 años de debates en los foros internacionales habrían sido inútiles.”

Ahora bien, el Artículo 13 considera no obstante a las entidades no gubernamentales, pero ¿en qué sentido y con qué alcance lo hace?: En un sentido y alcance totalmente distinto al que surge del Acuerdo OTC que aborda no sólo la elaboración y aplicación de reglamentos técnicos oficiales, sino también, de manera explícita, las actividades privadas de elaboración y adopción de normas y de evaluación de la conformidad.

El matiz que queremos enfatizar es precisamente que el Acuerdo OTC aborde ambos instrumentos (elaboración oficial y no oficial de normas) no puede llevarnos a sostener que como esta circunstancia no está considerada en el Acuerdo MSF, eso significa que las normas privadas no están abarcadas por sus disposiciones.

Una interpretación de esta naturaleza desvirtúa y no considera las particularidades de uno u otro sistema, cuando en realidad, se da la situación inversa, estas particularidades son tenidas en cuenta en la redacción que el Acuerdo MSF da al artículo 13 si la comparamos con la homóloga del Acuerdo OTC.

Esto se desprende con claridad si tomamos en consideración el hecho de que, como ya señalamos, el Acuerdo OTC se vio obligado a circunscribir su alcance de manera expresa a actuaciones efectuadas bajo la utilización de facultades gubernamentales, mientras que el Acuerdo MSF no efectuó ninguna acotación en dicho sentido.

De igual modo, debe notarse que la mención a la expresión “entidades no gubernamentales” se hace más bien dentro de un artículo, como el 13, dirigido a velar por la implementación y observancia del Acuerdo MSF, lo cual ni resulta casual, ni debe dejar de formar parte de nuestro razonamiento, toda vez que de ello se puede extraer que dicha mención no solamente tiene un alcance diferenciado, sino que adquiere un sentido totalmente distinto que la que se le otorga por el Acuerdo OTC.

Cabe reiterar la importancia del contexto y fines, a efectos de cualquier ejercicio interpretativo, de conformidad con la Convención de Viena, así como lo mencionado en párrafos anteriores respecto a lo señalado por el párrafo 2 del Artículo 3 del ESD, acerca de la importancia de que los ejercicios interpretativos no entrañen el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados por el sistema multilateral de comercio.

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, es necesario poner especial atención a la última oración del Artículo 13, la cual señala que los Miembros “se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo.”.

En ese sentido, el Acuerdo MSF únicamente señala la posibilidad de recurrir a los servicios de entidades no gubernamentales, para la implementación de una medida, pero claramente no lo hace para la fijación del nivel adecuado de protección y la determinación de la medida sanitaria y fitosanitaria que del mismo deriva.

Para finalizar, y para ponerlo en términos muy sencillos, si eso fuera correcto, la redacción del artículo 13.1 del Acuerdo MSF y 3.1 del Acuerdo OTC tendría que haber sido la misma.

4.3.3 El artículo 13 del Acuerdo MSF como obligación para los Miembros

Como se desprende de la síntesis que efectúa Chistiane Wolff en la cita que hemos

transcripto, los debates en torno a las “normas privadas”, se han orientado a lo que resume con la interrogante planteada: *¿Se aplica el Acuerdo MSF a las normas privadas?* La respuesta a la misma, se plantea inmediatamente, sintetizando el tenor de las opiniones divergentes que a ese respecto, tienen los Miembros de la OMC y que responden a interpretaciones distintas respecto al alcance del Artículo 13.

Hemos despejado en la sección anterior, los fundamentos por los cuales entendemos que las posiciones que vinculan a este artículo con el ámbito de Aplicación del Acuerdo, no son consistentes con el alcance implementativo que el mismo consagra.

Ahora bien, ¿están obligados los Miembros a asegurarse que los organismos que elaboran normas privadas en sus territorios, cumplen el Acuerdo?

La respuesta a esta interrogante, la efectuaremos sobre la base del análisis efectuado por Jan Bohanes y Ian Sandford (2008), el cual se ocupa de las conductas restrictivas al comercio generadas por actores privados, efectuando un claro detalle del tipo de obligaciones que muchos de los acuerdos de la OMC entrañan. Advertimos sin embargo, que si bien compartimos y hacemos nuestro parte del razonamiento, en el sentido del tipo de obligaciones contenidas en los acuerdos OMC y en el Artículo 13, disentimos diametralmente de algunas de las conclusiones a las que arriban, como se verá más adelante.

Los autores parten por señalar que debido a que no solamente las medidas tomadas por los gobiernos impactan en el comercio, la OMC se asegura en determinadas circunstancias, de que asuman responsabilidad por actividades privadas que distorsionen el comercio. Al respecto, dividen en dos grandes categorías estas actividades: por un lado aquellas en las que las normas mismas de la OMC proporcionan base para “atribuir” esta conducta a los Estados, y por el otro, aquellas situaciones en las que las normas de la OMC proporcionan base suficiente para que los Estados adquieran responsabilidad por no disciplinar estas conductas.

Cabe destacar de lo anterior, que parten del reconocimiento en cuanto a que son siempre los Estados los llamados a disciplinar estas conductas privadas, sea por la vía de la atribución de la conducta a los Estados, sea por la vía de la asignación de responsabilidad a los mismos. En ese sentido, siguen los criterios plasmados en la Resolución 54/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que fuera analizada en la sección referente a la responsabilidad internacional de los Estados, razón por la cual distinguen:

Atribución a los Estados de acciones desarrolladas por privados: aquí Bohanes y Sandford señalan que son situaciones en las que las normas de la OMC, apoyándose en un conjunto más general de normas vinculadas a la responsabilidad del Estado, permiten asimilar actividades privadas a las gubernamentales, atribuyendo responsabilidades a los Estados. En el análisis citan diversos casos y jurisprudencia multilateral, considerando además, como vimos, que los acuerdos OMC no pueden analizarse de manera independiente o aislada del derecho internacional.

Estas actividades pueden clasificarse en:

1. Aquellas llevadas a cabo por instrucción, o bajo la dirección o control de un Estado, o
2. Conductas que no serían atribuibles a un Estado, si no fuese porque el mismo reconoce y adopta como propias dichas conductas¹⁷⁵.

Entre los ejemplos citados como situaciones en las que la OMC expresamente atribuye a los estados conductas privadas, considerando que estas conductas esconden la intención de los Estados de “esquivar” o “rodear” las disciplinas de la OMC, se citan, entre otras, disciplinas sobre subsidios privados bajo el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; el caso de las Empresas del Estado o Monopolios designados bajo el Artículo XVII del GATT; la tercerización o delegación de funciones gubernamentales, siendo el caso típico el ya descrito del Acuerdo OTC.

Algo importante que señalan es que la atribución de conducta privada a un Estado no es suficiente para tener un caso, citando el Japan – Film en donde si bien la reclamación estadounidense pasó el análisis de atribución, no logró demostrar una anulación o menoscabo bajo el inciso b) del Artículo XXIII. Ergo, concluyen que una conducta privada atribuida a un Estado debe también estar cubierta por una regla o recurso de la OMC para poder sustentar de manera sólida una reclamación.

Indican adicionalmente, que las limitaciones a esta atribución radican en que muchas veces el “textual hook” o base normativa para atribuir una conducta privada a un gobierno no es claro o incluso es inexistente, siendo natural la reluctancia de los órganos de la OMC para atribuir a Estados conductas de organismos privados independientes a sus gobiernos.

- B) Falla de un Estado en disciplinar la actuación de los privados dentro de su jurisdicción: aquí, si bien la conducta no es atribuible en principio a un Estado, toda vez que ocurre enteramente por fuera de la esfera de control de un gobierno, lo que se reclama es que el gobierno en cuestión, después de tomar conocimiento de la conducta privada de que se trate, falla u omite ejercitar su autoridad para disciplinarla. Estas obligaciones son conocidas como disposiciones de “diligencia debida”.

Dos subcategorías son abordadas por los autores:

1. Disposiciones que expresamente requieren que un miembro de la OMC tome acciones para disciplinar acciones privadas dentro de su jurisdicción: el resultado en este caso debe ser “OMC consistente” en todos los casos.
2. Disposiciones que no contienen esa obligación expresa, pero que no obstante pue-

¹⁷⁵ En el panel Japan – Film el panel observó que “panels have been faced with making sometimes difficult judgments as to the extent to which what appear on their face to be private actions may nonetheless be attributable to a government because of some governmental connection to or endorsement of those actions”

den interpretarse en el sentido de requerir esa acción.

Dentro de las primeras se distinguen igualmente obligaciones de “asegurar” y obligaciones de “tomar medidas razonables o apropiadas”. Dentro de las obligaciones de asegurar se encuentra inmersa una “obligación de resultado”. Las últimas contendrían, siguiendo este razonamiento, una “obligación de gestión”.

Los autores distinguen con razón, entre el examen de atribución aplicable al supuesto anterior, y a la asignación de responsabilidad que si aplica para este tipo de situaciones. A diferencia de la “atribución” de la conducta, en donde el objetivo de política perseguido es evitar que los miembros evadan sus obligaciones (“Circumvention”), en este caso dicho objetivo es mucho menos marcado.

La existencia de una obligación positiva de actuar, señala el documento de Bohanes y Sandford, tiene como consecuencia lógica que a) la conducta gubernamental puede ser llevada a corte y b) el comportamiento gubernamental puede ser inconsistente con dicha obligación.

Al respecto, tanto las acciones positivas de un Estado, como un fallo en actuar o intervenir, pueden ser encontrados inconsistentes. Colocan como ejemplo de esto último lo señalado por el Órgano de Apelación durante la revisión del caso “US Corrosion Resistant Steel Sunset Review”.

Como veremos en las páginas siguientes, a nuestro juicio el Artículo 13 del Acuerdo MSF, contiene una obligación de “diligencia debida”, que requiere, siguiendo esta lógica, un resultado “OMC consistente”, toda vez que el alcance de la frase “*Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse (...)*” de que las entidades no gubernamentales cumplan y tengan una actuación compatible con las disposiciones del Acuerdo MSF, constituye claramente un mandato que compele a los Miembros a actuar con todos los recursos que se encuentren a su alcance.

Sobre el alcance de la palabra “cumplan” en este contexto nos ocuparemos en breve, pero regresando a lo anterior, y por los mismos motivos, dicho Artículo contiene claramente una obligación de resultado y no de gestión, habida cuenta de que dicho mandato explícitamente señala que el resultado deseado es el de “asegurar” este “disciplinamiento” de las actividades no gubernamentales en materia sanitaria y fitosanitaria”.

Como vimos, el Artículo 13 del Acuerdo tiene un carácter claramente “implementativo”, lo que nos permite concluir válidamente que dicho artículo contiene una obligación para los Miembros de “diligencia debida” al momento de implementar las disposiciones del Acuerdo MSF, que exige un resultado compatible con la OMC en dicha implementación, lo que incluye igualmente a cualquier medida sanitaria y fitosanitaria emitida conforme a sus disposiciones, toda vez que dichas medidas constituyen, precisamente, la implementación u “operativización” de los compromisos internacionales allí contenidos.

Bohanes y Sandford citan una serie de disposiciones de los acuerdos que componen el sistema multilateral de comercio, que cuentan con disciplinas que contienen obliga-

ciones expresas para los Estados en torno al “disciplinamiento” de conductas privadas: aquí los autores citan los ejemplos típicos de los Acuerdos OTC y MSF, entre otros, ocupándose precisamente del artículo 13 de este último, detallando el debate existente de si las normas privadas se encuentran cubiertas por dicho artículo.

Sobre esto último hacen referencia a la discusión de si el mismo comprende a empresas privadas o si el mismo únicamente hace referencias a organismos a los que los que un gobierno ha confiado determinada tarea legal (por ejemplo evaluación de la conformidad) o que tienen algún status legal especial.

En este punto acertadamente señalan, que la mención a entidad no gubernamental en el Acuerdo OTC hace expresa mención a que las mismas actúan bajo mandato gubernamental para poner en vigencia normas técnicas, lo que sugiere que esa mención expresa se hace tomando en consideración a que de otro modo el alcance de la expresión “entidad no gubernamental” incluiría entidades que no poseen dicho poder legal.

No cabría argumentar, por consiguiente, que es posible extraer que la mención a “entidades no gubernamentales” implícitamente debe leerse de esta manera en el Acuerdo MSF, sino que por oposición, la redacción del Acuerdo MSF debe interpretarse con un alcance mucho más amplio, derivado del hecho del carácter general de la misma, que no efectúa ningún tipo de mención expresa a que dichas entidades deban estar actuando bajo facultades gubernamentales a efectos de dicho acuerdo.

El órgano de apelación, según refieren, ha hecho especial énfasis en que el intérprete de un tratado no debe leer palabras en el mismo “que no están allí”.

Sin perjuicio de lo anterior, los autores señalan que la razón más fuerte para entender que el artículo 13 no ampara a las normas privadas, es porque las mismas no son “medidas sanitarias y fitosanitarias” tal y como se encuentran definidas en el Acuerdo MSF, vale decir, deben entenderse como normas, leyes, decretos, regulaciones, requisitos y procedimientos asociados a acción gubernamental y, por consiguiente, una medida sanitaria y fitosanitaria siempre puede rastrearse a autoridades gubernamentales y siempre será vinculante.

En ese sentido, concluyen, los actos de este tipo de entidades son sujetas a las disciplinas del Acuerdo MSF únicamente en la medida en que estas entidades no gubernamentales operen bajo autoridad gubernamental, razón por la cual no debería entenderse, según ellos, que dicho Acuerdo disciplina normas privadas de carácter sanitario y fitosanitario, efectuadas por entidades no gubernamentales que no puedan ser vinculadas al gobierno.

Para los autores, por consiguiente, la obligación del Artículo 13 es, en suma, una obligación para disciplinar conductas que pueden ser “atribuidas” a un Estado como si fueran suyas, razón por la cual la mención a la adopción de medidas razonables es una “obligación de resultado”, más no por una responsabilidad directa, sino que se debe pasarse previamente por un examen de “atribuibilidad”, escapando por consiguiente de

la órbita de este artículo, cualquier actuación privada que se encuentre completamente desvinculada de la órbita de acción estatal.

Nuestro razonamiento no puede estar más a contramano de dichas afirmaciones, que si bien pueden parecer convincentes en virtud de una mirada superficial, luego de una lectura más detenida a la luz de los principios interpretativos contenidos en la Convención de Viena, resulta hasta reduccionista.

En efecto, tienen razón en cuanto a que el Acuerdo MSF no busca regular la elaboración de normas privadas, pero ello es precisamente la razón por la que la obligación de hacer cumplir las disposiciones del acuerdo está dirigida a los Miembros, de manera tal que disciplinen a las entidades no gubernamentales que actúen de manera incompatible con el acuerdo.

De igual modo, pensamos efectivamente que se trata de una obligación de resultado, pero por las razones señaladas de que se trata de una obligación que implica, desde la frase inicial del artículo, una asignación de responsabilidad a los Estados en la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF.

Asimismo, nos encontramos ante una obligación de resultado, porque la referencia en dicho artículo, a medidas razonables, se complementa con la mención a que las mismas los Estados deben hacerlas para “asegurarse de que las entidades no gubernamentales...”. Vale decir, es una obligación de resultado porque el artículo mismo lo dice así a texto expreso, asignando directamente la responsabilidad a los Estados, sin que deba mediar ningún examen de atribución.

Este parece haber sido el criterio seguido por una “Comunicación de MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) al Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”¹⁷⁶, publicada el 30 de septiembre de 2009 distingue dos tipos de obligaciones para los Miembros, de conformidad con el Artículo 13:

“Una “obligación de hacer”, materializada en el enunciado “Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, (...) cumplan las disposiciones del presente Acuerdo.

Una “obligación de no hacer”, materializada en el enunciado “Los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo.”

176 OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. MARCO LEGAL OMC DE LAS NORMAS PRIVADAS. Comunicación de Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). G/SPS/W/246

Dicha comunicación identifica además dos requisitos para comprometer la responsabilidad de los miembros: (i) que las entidades no gubernamentales no cumplan con las disposiciones del Acuerdo MSF y que (ii) el Miembro no haya cumplido con las referidas obligaciones de acción y omisión.

Como los autores citados señalan, no deben leerse en un tratado palabras que no se encuentran en él y la definición de entidad no gubernamental en el Acuerdo MSF es de hecho de carácter amplio y general.

Dicho de otra forma, en ninguna parte se señala que el objetivo del artículo sea el de establecer dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF a la elaboración de normas privadas de carácter sanitario y fitosanitario por parte de entidades privadas, o que estas últimas estén llamadas a cumplir las disposiciones del acuerdo.

Recordemos aquí que ya se ha elaborado de manera suficiente acerca del carácter “implementativo” del Artículo 13, así como a que la obligación en él contenida, en lo que refiere a las entidades no gubernamentales, es una obligación de resultado respecto de su puesta en marcha o implementación, exigiendo un resultado compatible con la OMC para la misma.

Para decirlo de una manera más sencilla, dicho artículo incorpora dentro de su alcance el de establecer simple y llanamente que los Miembros de la OMC tienen la obligación de lograr una actuación compatible de las entidades no gubernamentales en su territorio respecto del Acuerdo MSF, entendidas estas últimas en sentido amplio y general, como ya hemos demostrado.

De otro lado, si ya hemos establecido que la definición de “entidad no gubernamental del Acuerdo MSF difiere radicalmente de aquella contenida en el Acuerdo OTC, tanto en su sentido como en su alcance, pues en este último acuerdo dicha definición se encuentra expresamente constreñida a entidades que actúan por delegación de facultades gubernamentales, resulta incongruente concluir que al final de cuentas se trata de lo mismo.

Ello, a sazón de todo lo argumentado anteriormente, así como a la luz de una lectura atenta de las herramientas que el derecho internacional pone a nuestra disposición en lo que respecta a la interpretación de los tratados, a saber:

El texto de un tratado, según el artículo 31 de la Convención de Viena, constituye la base del proceso interpretativo y que las palabras contenidas en dicho texto deben basarse en el sentido corriente de los términos empleados, no siendo correcto imputar términos que no existen en él o trasladar conceptos que no se pretendían recoger.

A la luz del Principio de *Effet Utile*, el intérprete de un tratado no tiene libertad para adoptar una lectura que vuelva inútiles o redundantes partes enteras del Tratado.

En efecto, interpretar de manera restrictiva el alcance de la expresión “entidad no gubernamental” implica dejar por fuera un universo de actuaciones por parte de entidades privadas que, como hemos demostrado a lo largo de nuestro trabajo, tienen el poder para regular de facto los mercados internacionales e impactar directamente en los beneficios derivados de los acuerdos multilaterales.

Del mismo modo, recordemos que en lo que refiere a los acuerdos del sistema multilateral, el método finalista o teleológico de interpretación jurídica ocupa un lugar preponderante, siendo la premisa básica favorecer aquellas interpretaciones que más favorezcan el comercio.

4.3.4 El Alcance del verbo “cumplir” en el Artículo 13 del Acuerdo MSF

Recordemos que, de conformidad con el Artículo 13 del Acuerdo MSF, los Miembros deben tomar “las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, **cumplan**¹⁷⁷ las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo...”.

Ello, como ya señalamos, ha dado lugar a que algunos autores señalen, equivocadamente a nuestro parecer, que dicho acuerdo está únicamente dirigido a regular la imposición de medidas gubernamentales, por lo que no habría margen para interpretar que la mención a las “entidades no gubernamentales” a que hace referencia dicho artículo incorpora a entidades que actúen por fuera de una delegación de competencias o bajo la dirección de un Estado.

Además de las razones ya expuestas en torno al carácter “implementativo” de dicho artículo, al alcance de la expresión “entidad no gubernamental”, así como sobre quién constituye el verdadero sujeto de la obligación bajo lo dispuesto por el Artículo 13 con relación a dichas entidades, esto es, la obligación de lograr resultados compatibles con la OMC que consagra para los Miembros, nos ocuparemos de ciertas inconsistencias o matices que nuevamente aparecen entre las distintas versiones oficiales del mencionado artículo, específicamente en torno al alcance de la expresión “cumplan”, lo cual arrojará nuevas luces sobre el particular.

En efecto, el panorama queda mucho más claro cuando revisamos el texto en inglés del artículo 13 del Acuerdo MSF, el cual, en sus partes pertinentes señala “(...) *Members shall take such reasonable measures as may be available to them to ensure that non-governmental entities within their territories, as well as regional bodies in which relevant entities within their territories are members, comply with the relevant provisions of this Agreement (...)*”

Nótese, por consiguiente, que el texto en inglés usa el verbo “comply”, mientras que en la versión en español el verbo empleado es “cumplir”, siendo que a nuestro entender la voz inglesa tiene matices distintos a aquellos contenidos en el vocablo en español, estando más vinculada a la observancia, adherencia o conformidad con determinados estándares, que al cumplimiento directo de una obligación por parte de particulares, lo que no resultaría coherente para el caso de un instrumento como el Acuerdo MSF, que no está pensado en principio para actores distintos de los gobiernos, como ya se vio.

Revisando la definición del verbo “comply” que nos da el Merriam Webster Online Dictionary¹⁷⁸, encontramos con que la misma está referida a “(...) *to conform, submit, or*

177 El Subrayado es nuestro.

178 Merriam Webster Online Dictionary: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/comply>.

adapt (as to a regulation or to another's wishes) as required or requested comply with federal law the devices comply with industry standards".

Del mismo modo, si revisamos la definición que nos arroja el Diccionario Jurídico Inglés – Español de Guillermo Cabanellas y Eleanor C. Hoague (2010: Pág.126), encontramos que la palabra “compliance” tiene las siguientes definiciones: “Cumplimiento. Obediencia. Obediencia. Conformidad”, mientras que, a su vez, el verbo “cumplir” se traduce al inglés, en sus acepciones pertinentes, como “*v, to carry out, perform, fulfill, execute/to discharge/to satisfy/(...)*” (Ibídem: Pág.170), no constando en esta última definición, alusión alguna al verbo “comply”, mientras que en la primera, si bien se lista la palabra “cumplimiento” no se limita, como puede apreciarse, a esta única acepción.

De hecho, la palabra inglesa usual para hablar del cumplimiento directo de alguna obligación por algún sujeto de derecho, es el verbo “fullfill”, lo que puede corroborarse si revisamos la traducción que de “cumplimiento” nos hacen los mencionados Cabanellas y Hoague, a saber: “*fullfillment, performance/satisfaction (of an obligation); term of military service/expiration, maturity/completio*”. (Ibídem: Pág.170)

Las definiciones citadas arrojan luces sobre lo señalado, dado que la palabra “cumplan” a la que hace referencia la citada disposición del Artículo 13 en su versión en español, no estaría referida, como dijimos, al cumplimiento directo de una obligación, sino que en cambio estaría vinculada más a que las entidades no gubernamentales dentro de su territorio tengan una actuación conforme o compatible con el Acuerdo MSF y, en consecuencia, adapten su accionar a las regulaciones gubernamentales que son determinadas y adoptadas conforme al mismo.

En ese sentido, y continuando con lo señalado en torno a los principios interpretativos de buena fe, literal y de efecto útil, ése sería el sentido usual que se le debe dar a los términos empleados en el Artículo 13, particularmente en lo que refiere a la connotación que en el mismo adquiere el verbo “cumplir”.

4.3.5 Del tipo de medidas que el Artículo 13 del Acuerdo MSF requiere

Como ya hemos establecido, con relación a la actuación de entidades no gubernamentales en su territorio, el Artículo 13 del Acuerdo MSF contiene una obligación de resultado para los Miembros de la OMC.

En este contexto, cabe aclarar que este tipo de obligaciones, por definición, no establecen ningún tipo de sanción o tipificación del tipo de actuación esperada de los Estados, lo que se refuerza aún más si tomamos en consideración que nos encontramos frente a una disposición referida a la implementación del Acuerdo MSF, cuestión que ingresa ya a la órbita del derecho interno de los Miembros. Mal habrían hecho los redactores del acuerdo en pretender detallar con exactitud las conductas a adoptarse al respecto por los Miembros.

Lo anterior se desprende claramente de la mención que efectúa dicho artículo a que “*Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse*”¹⁷⁹

179 El subrayado es nuestro.

de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio (...)”, lo que nos libra de análisis adicionales a los ya efectuados.

Cabe reiterar, igualmente, que el resultado debe ser compatible con la OMC en todo momento, lo que de la misma manera se desprende indubitablemente tanto de la mención a que dichas entidades “(...) *cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo*”, como a que no deban adoptarse medidas que tengan por efecto “*obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo.*” (Ibídem)

Al respecto, en el reclamo presentado por San Vicente y Granadinas con relación a la exportación de bananas que encontraban exigencias privadas más rigurosas que aquellas de la Unión Europea, parte de lo señalado por la Comisión Europea en su descargo, fue manifestar que habían cumplido con trasladar a EurepGap, entidad que aplicaba dichas exigencias, las preocupaciones expresadas por los países afectados, estando imposibilitados de desarrollar acciones adicionales en función a que los requerimientos de EurepGap se movían dentro de la esfera de la actuación privada.

En virtud de lo expuesto, si bien la Comisión Europea no señaló haber actuado en cumplimiento del Artículo 13, el mero traslado de las preocupaciones de los países productores de banano a los grandes minoristas responsables por el establecimiento de estándares más restrictivos que las regulaciones oficiales, resulta a todas luces un ejemplo del tipo de actuaciones estatales que fracasarían de manera rotunda en configurar el cumplimiento de una obligación de resultado como la que exige el mencionado artículo.

Es de suyo considerar que la intención del legislador fue la de asegurar el pleno compromiso y acción de los Estados respecto de la necesidad de evitar la vulneración de los compromisos del Acuerdo MSF por la acción de agentes no estatales.

Y por último, si quedaba alguna duda respecto del nivel de responsabilidad que toca a los Estados en torno al problema de las normas privadas, el propio Artículo 13 establece, como ya dijimos, la plena responsabilidad de los Miembros de la OMC en la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF.

Sin perjuicio de lo señalado en torno a que el Acuerdo MSF no detalla la tipología de medidas exigidas en torno a dicha cuestión, a continuación nos ocuparemos acerca del carácter que, no obstante, deberían tener dichas medidas para lograr su cometido y que, por consiguiente, los Miembros no incurran en responsabilidad debido a fracasos en su intento de lograr la observancia del Acuerdo MSF.

4.3.6 Del carácter imperativo de la implementación del Acuerdo MSF

Si bien, como dijimos, en función del tipo de obligación, el legislador hizo bien en no detallar en un acuerdo internacional como el Acuerdo MSF, el tipo de conductas o actuaciones que deberían tener los Miembros para lograr cumplir con los alcances de su Artículo 13 con respecto a la emisión de normas privadas sanitarias y fitosanitarias por

entidades de corte no gubernamental, desde el plano académico no resulta muy difícil efectuar unas cuantas consideraciones sobre la materia.

En primer lugar, debe recordarse lo señalado en torno al carácter “implementativo” del Artículo 13, vale decir, a que dicho artículo refiere a la “puesta en marcha” o “puesta en aplicación” del Acuerdo MSF.

De igual manera, hay que considerar el tenor de la obligación en él contenida para los Miembros con relación a que los mismos serán responsables por la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF y de que igualmente deberán “asegurar” que la actuación de las entidades no gubernamentales dentro de su territorio sea de observancia, respeto o compatibilidad con las disposiciones del Acuerdo MSF.

Otro elemento central a tomar en cuenta es nuevamente el principio de Buena Fe contenido en la Convención de Viena en cuanto a la interpretación o cumplimiento de los tratados, en donde citamos lo señalado por el MERCOSUR en el apartado 10 de la comunicación de referencia: “Conforme al principio de *pacta sunt servanda*, todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Esta regla ha sido expresamente consagrada en el artículo XVI: 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, al disponer que:

“Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentaciones y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos Anexos.” (...) el Acuerdo de Marrakech reconoce expresamente que los Acuerdos que integran el plexo normativo de la OMC establecen obligaciones (y su contra cara, es decir, el derecho a reclamar el cumplimiento de esta obligación). A su vez, (...) dispone que son las partes del Acuerdo (es decir, los miembros de la OMC) los responsables de cumplir con las obligaciones y los beneficiados del ejercicio de los derechos.”

Todo ello, debe ser leído de manera consistente con el espíritu, naturaleza y objetivos del Acuerdo MSF, que no es otro que el de establecer, en el plano internacional, las reglas bajo las cuales debe ejercerse la facultad exclusiva y excluyente de los Miembros de determinar el NAP para un determinado producto y en consecuencia, elaborar y aplicar la medida determinada en función del objetivo de política deseado, sobre la base del nivel de riesgo considerado aceptable.

De igual manera, deberá tenerse en cuenta lo señalado a profundidad de que la determinación del NAP, y la consecuente elaboración y aplicación de una medida sanitaria o fitosanitaria, implica una decisión gubernamental que no puede quedar librada a intereses particulares, tanto por el interés general que persigue dicha decisión, vale decir, la protección de la salud humana, animal y vegetal, como por la alta rigurosidad con la que los Miembros de la OMC se disciplinaron a sí mismos en el Acuerdo MSF en esta materia, con el objetivo de que la protección que se establezca no se haga de manera discriminatoria, o que configure restricciones injustificadas o encubiertas al comercio.

Como vimos, la legislación en materia sanitaria y fitosanitaria tradicionalmente ha quedado encuadrada, por los objetivos de alto interés general que persigue, dentro de disposiciones normativas de orden público, vale decir, dentro de lo que se conoce como derecho imperativo, referido a prescripciones legales que no admiten pacto en contrario.

Es bajo las consideraciones enumeradas, y ya desarrolladas a profundidad en otras secciones, que deben leerse los mandatos contenidos para los Miembros en el Artículo 13, que para el caso de las entidades no gubernamentales dentro de su territorio, se encuentra dirigido a lograr que los Miembros garanticen una actuación compatible por parte de las mismas, en función del carácter imperativo de las medidas sanitarias y fitosanitarias y que, por consiguiente, ningún tipo de entidad no gubernamental puede contravenirlas o pactar en contrario.

Una posible vía para garantizar esta actuación compatible, quizá la única que corresponda seguir, estaría dada por la necesidad de que los actos de implementación adoptados en función del mandato del Artículo 13 de velar por la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, consignen o declaren de manera expresa el carácter imperativo de las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas de conformidad con dicho acuerdo.

En ese sentido, no serían admisibles, ni tolerables, prácticas privadas que pacten en contrario de lo dispuesto por las medidas gubernamentales en materia sanitaria y fitosanitaria, particularmente en lo que refiere a cuestiones tan esenciales como la fijación de niveles adecuados de protección.

4.3.7 Artículo 13, las normas privadas y la responsabilidad internacional de los Miembros

Como vimos cuando nos ocupamos de la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados, salvo en el supuesto de que actúen por delegación de facultades o bajo instrucciones o dirección estatal, los comportamientos de los particulares no se considerarán como hechos del estado.

Bajo este supuesto uno podría entender, en una lectura descuidada del Artículo 13, que la producción normativa privada generada en un Miembro o un conjunto de miembros, que atente contra las disposiciones del Acuerdo MSF no le genera responsabilidad internacional, habida cuenta de que no se trataría en estricto sentido de un ilícito internacional atribuible a dicho o dichos miembros.

Esto se ve desvirtuado porque como dijimos, la obligación contenida en el Artículo 13 es una obligación de resultado dirigida a los Miembros, y el sentido de la expresión "se asegurarán..." va, según se vio, a que los Miembros garanticen una actuación compatible de las entidades no gubernamentales en su territorio, en función del carácter de derecho imperativo de las regulaciones oficiales en materia sanitaria y fitosanitaria.

En ese sentido, el cumplimiento de dicho mandato se verifica únicamente en función en que los actos de implementación de dichas medidas así lo consignen, vale decir, la responsabilidad internacional se configura a partir del fracaso de los Estados en lograr el

resultado requerido, el cual consistiría para el caso que nos ocupa, en la omisión de dejar claramente reflejado ese carácter imperativo en los actos de implementación, más no en los actos de particulares que dicho fracaso habilita.

4.4 Conclusiones

- 1) A tenor de lo previsto en los artículos 1, 2 y 5 del Acuerdo MSF, la determinación del nivel adecuado de protección y la medida sanitaria y fitosanitaria que se adopta en función del mismo, implica una decisión gubernamental que no puede quedar librada a intereses particulares, al constituir un objetivo de política pública destinado a lograr el justo equilibrio entre la protección de la salud humana, animales y vegetal y los aspectos vinculados a la liberalización del comercio internacional.
- 2) La autonomía de la voluntad privada, se encuentra claramente limitada por las normas de orden público y el carácter imperativo de los instrumentos normativos que determina el Acuerdo en su Anexo A.
- 3) El Artículo 13 no determina el ámbito de aplicación del acuerdo, sino que dispone obligaciones para los Miembros respecto a la observancia de sus disposiciones, incluida la específicamente prevista en este artículo respecto a las entidades no gubernamentales sin restricciones. De conformidad con su carácter “implementativo” y su finalidad dirigida a establecer la responsabilidad de los Miembros en la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, el Artículo 13 contiene una obligación de “diligencia debida” y de “resultado”, el cual deberá ser consistente con la OMC en todo momento.
- 4) Los actos de implementación en función del mandato del Artículo 13 de velar por la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, tendrían que consignar o declarar de manera expresa el carácter imperativo de las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas de conformidad con dicho acuerdo, razón por la cual no serían admisibles, ni tolerables, prácticas privadas que pacten en contrario de lo dispuesto por las medidas gubernamentales en materia sanitaria y fitosanitaria, particularmente en lo que refiere a cuestiones tan esenciales como la fijación de niveles adecuados de protección.

CAPÍTULO V: VIAS DE ACCIÓN Y RECURSOS JURÍDICOS A DISPOSICIÓN DE LOS MIEMBROS PARA EVITAR LA PROLIFERACIÓN DE “NORMAS PRIVADAS”

A lo largo del análisis nos hemos centrado en identificar y enumerar las razones y los fundamentos jurídicos que asisten a los gobiernos y la comunidad internacional para reforzar los mecanismos disponibles y asumir una conducta proactiva en pos de la defensa del legítimo derecho que detentan, para evitar que la proliferación de normas privadas en el campo sanitario y fitosanitario, erosione los niveles de acceso que se garantizaron recíprocamente tras años de complejas y delicadas negociaciones.

Si damos una mirada al estado de estos mencionados debates a nivel multilateral, particularmente en el ámbito del Comité MSF o en las Organizaciones Internacionales de Referencia reconocidas por el Acuerdo MSF, nos preocupa constatar cómo aquel oportuno y fundado planteamiento efectuado por San Vicente y Granadinas ante el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Junio 2005) que logró colocar el tema al más alto nivel del debate internacional, no ha logrado aún los resultados que en atención a la magnitud de los problemas planteados debieran haberse logrado a nivel multilateral.

No podemos dejar de considerar además que el escenario mundial sigue caracterizándose por una demanda organizada y una mayor oferta de alimentos, ante lo cual muchos países agroexportadores se encuentran en desventaja para plantear algún tipo de disconformidad con las condiciones establecidas por los compradores, que en la mayoría de los casos, están representados por empresas y conglomerados de empresas con un peso destacado en el comercio agroalimentario. En ese contexto, es usual que en un intento por conservar los mercados, las empresas exportadoras asuman importantes costos tanto de producción como de certificación, para cumplir con las medidas sanitarias o fitosanitarias impuestas aun cuando dichas exigencias se adopten al margen de toda regulación oficial.

Es evidente que lo que ha dado en llamarse “dimensión de desarrollo” del Acuerdo MSF, que se plasma en las disposiciones sobre trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, es, en dicho contexto, absolutamente inaplicable.

Siendo realistas ante esa situación, y ante un escenario en el cual parecen estar tomando impulso posiciones que se presentan desfavorables a la apertura e incluso, al cumplimiento de los principios, reglas y disciplinas que rigen el comercio internacional, aspiramos a que el análisis que efectuamos a esta altura de nuestro trabajo de investigación, contribuya:

- a. a brindar algunos elementos de reflexión para aquellos integrantes de la comunidad internacional que están siendo más afectados y,
- b. alentar una firme estrategia de acción, con base en los mecanismos jurídicos disponibles, que debería impulsar de manera sistemática y organizada, el abordaje de la problemática en los ámbitos que nos proporciona el sistema multilateral de comercio.

En lo que respecta a nuestro objeto de estudio, observamos posibles soluciones u oportunidades para encontrar herramientas que, bien aplicadas y articuladas, permitan, principalmente a los países en desarrollo agroexportadores, posicionarse con solidez ante nuevos riesgos globales representados entre otros aspectos, por la pérdida de las ventajas y concesiones que para el acceso a los distintos mercados se lograron en el ámbito multilateral.

El sistema multilateral de comercio, como ámbito especializado que responde con parámetros regulatorios a las relaciones económicas de los distintos sujetos del derecho internacional, cuenta con diversos mecanismos e instancias tendientes a garantizar el cumplimiento de los compromisos contraídos que no los vemos como excluyentes sino como complementarios.

En tal sentido, nos abocamos seguidamente a describir y evaluar las vías de acción disponibles y los recursos jurídicos, poniendo énfasis en la importancia estratégica de continuar atendiendo el tema en el ámbito del Comité MSF y en las Organizaciones Internacionales de referencia, manteniendo a su vez, espacios de coordinación con las organizaciones de normalización, entidades privadas y otros organismos relacionados.

Lo anteriormente indicado, no implica desconocer la importancia que puede cobrar para la solución del problema, la utilización de los procedimientos jurisdiccionales que están a disposición de los Miembros y que son utilizados cada vez con mayor frecuencia, aspecto reafirmado por el Director General de la OMC (Roberto Azevêdo, 2016: Pág. 2) en el mensaje introductorio al Informe Anual 2016 de la OMC, al indicar que:

(..) En 2015, la OMC alcanzó un hito importante cuando se presentó ante la Organización la diferencia comercial número 500, lo que demuestra que los Miembros siguen confiando en el sistema de solución de diferencias. En los últimos años, la magnitud y la complejidad de las diferencias planteadas ante la OMC ha aumentado enormemente (...).

La relevancia de estos mecanismos, se ve igualmente comprobada si verificamos lo consignado al respecto en el Informe Anual 2017, expresa (Ibídem: pág. 2):

“(...) Dos terceras partes de nuestros 164 Miembros han participado de un modo u otro en nuestro sistema de solución de diferencias (...). Al finalizar el año, se habían sometido unas 520 diferencias comerciales a la OMC. Con el fin de atender al creciente número de diferencias sometidas a la OMC, he seguido reasignando recursos a nuestras Divisiones jurídicas, para que los asuntos sean examinados oportunamente. El hecho de que tanto los países en desarrollo como los países desarrollados recurran regularmente al sistema de solución de diferencias de la OMC es un signo claro de la importancia que los Miembros le atribuyen y de su confianza en él (...).

5.1 Tratamiento de las “normas privadas” en el ámbito del Comité MSF

Son varias las instancias que el Acuerdo MSF otorga a los Miembros para promover el tratamiento de diversas cuestiones vinculadas a la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias: cuando observamos aquellas que son propias del trabajo que corresponde realizar al Comité, llegamos a la conclusión de que, efectivamente, no es la falta de instancias o mecanismos el problema, sino las maniobras dilatorias que puedan estar generándose por falta de los consensos necesarios.

5.1.1 Bajo el punto de Agenda Aplicación y Administración del Acuerdo: “Preocupaciones Comerciales Específicas”

En el segundo Capítulo, describimos el tratamiento de las normas privadas en el ámbito del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y cómo desde los planteamientos iniciales, el tema se mantuvo como punto de agenda permanente bajo el orden del día

correspondiente a Aplicación y Administración del Acuerdo MSF, Preocupaciones Comerciales Específicas, hasta que fue retirado en el año 2015.

Un nuevo impulso es de esperar que tenga el tratamiento de las “normas privadas” como preocupación comercial específica, con el recientemente aprobado Examen de Funcionamiento del Acuerdo, a estar por los lineamientos que sobre el particular establece.

Consideramos en tal sentido, que resulta totalmente en línea con los objetivos que llevaron a la creación del Comité MSF que se aborde el tratamiento de dichas cuestiones en este ámbito, y que es medular que los Miembros ejerzan su legítimo derecho a optar por esta vía cuando se enfrentan a situaciones que generan preocupación por su incidencia comercial, máxime si existe como en el caso de las normas privadas, una “preocupación generalizada” que surge claramente de los debates en ese y en otros ámbitos internacionales relevantes¹⁸⁰.

Una mirada sobre los documentos que se han planteado en el Comité MSF en relación a las preocupaciones comerciales específicas, y algunos datos estadísticos proporcionados por la Secretaría¹⁸¹, nos muestran que esta vía, se presenta como ámbito efectivo para arribar a soluciones negociadas, dado un posible efecto de persuasión o disuasión sobre los Miembros respecto a quienes vaya dirigida una preocupación, habida cuenta de lo incómodo que resulta muchas veces ser cuestionado en este tipo de instancias multilaterales.

La recurrencia a este ámbito, puede además efectuarse con independencia de negociaciones bilaterales que un Miembro decida llevar adelante, tanto en las propias reuniones del Comité, como mediante la articulación de los mecanismos formales tradicionalmente efectuados a nivel diplomático en coordinación con los organismos nacionales competentes según la materia de que se trate.

En ese mismo sentido, surge de los exámenes sobre el funcionamiento del Acuerdo, que se ha alentado a los Miembros a utilizar las reuniones del Comité para ofrecer información ad hoc sobre su experiencia en la aplicación del artículo 13, que está directamente relacionado con el tema de las normas privadas en cuestión.

Esto significa que los Miembros se encuentran habilitados a plantear los problemas de aplicación del Artículo 13 como preocupaciones comerciales específicas, toda vez que como ya vimos, el debate en torno al alcance del Acuerdo MSF sobre dichas normas privadas, guarda estrecha relación con las distintas interpretaciones que surgen respecto del mandato contenido en dicho artículo.

Por otra parte, entendemos que la estrategia de planteamiento en el punto de agenda Preocupaciones Comerciales Específicas, debería tomarse como un ámbito de consulta, registro y análisis de la preocupación en un intento de arribar a soluciones negociadas. Quizás convenga en tal sentido, efectuar mayores precisiones en el Reglamento de Funcionamiento del Comité sobre las condiciones mínimas necesarias que deberían cumplirse para la presentación de un tema bajo este ítem.

180 La Organización Internacional de Epizootias (OIE) y el propio Codex han abordado este tema como una preocupación de la cual no pueden quedar al margen.

181 Documento G/SPS/53 de 3 de mayo de 2010 Examen del Funcionamiento del Acuerdo MSF.

A modo de ejemplo: descripción detallada de la preocupación, fundamento de la misma, norma privada que origina la preocupación vs normas oficiales aplicables tanto las que emanan de las organizaciones internacionales de referencia como las establecidas a nivel oficial para la regulación de la medida sanitaria o fitosanitaria de que se trate.

5.1.2 Bajo el punto de Agenda “Vigilancia de la Utilización de Normas Internacionales”

La vigilancia de la utilización de normas internacionales es un punto permanente en el orden del día de las reuniones ordinarias del Comité MSF y de conformidad con el procedimiento provisional acordado¹⁸², el mismo ha presentado informes anuales en relación con el proceso de vigilancia de la armonización internacional.¹⁸³

Si bien en el año 2006 el Comité examinó el funcionamiento del procedimiento provisional sobre la base del documento G/SPS/W/200 elaborado por la Secretaría, decidió prorrogar indefinidamente el procedimiento provisional y *“Decidió asimismo examinar el funcionamiento del procedimiento provisional en el marco de su examen periódico del funcionamiento y aplicación del Acuerdo en virtud del párrafo 7 del artículo 12, con miras a decidir si se continuaba con el mismo procedimiento, se modificaba o se elaboraba otro nuevo.*

*Además, el Comité instó a los Miembros a que utilizaran ese procedimiento para abordar sus preocupaciones con respecto a normas internacionales específicas o a la necesidad de esas normas”*¹⁸⁴ Se concluye este párrafo indicándose que *“Los Miembros han utilizado poco el procedimiento”*.

Sin embargo, resulta para nosotros claro, que ese proceso de vigilancia debería abarcar o al menos considerar, los casos que han sido planteados ante el Comité con respecto a las normas privadas. En efecto, bajo “Vigilancia de la Utilización de Normas Internacionales”, es medular, como lo indica la propia expresión, efectuar un seguimiento de la utilización o no de estas normas que derivan de las organizaciones internacionales de referencia.

Es claro en los casos que abordamos, que en materia de residuos, el Codex establece (aunque no para el universo de productos), límites máximos de residuos que luego resultan dejados de la lado por la norma privada y en tal sentido, es un tema que atañe a esa vigilancia que el Acuerdo encomienda al Comité y que se efectúa de acuerdo a un procedimiento provisional¹⁸⁵ que no ha sido objeto de propuestas concretas de modificación salvo las planteadas por India¹⁸⁶ con respecto al párrafo 5 del artículo 3 y el párrafo 4 del Artículo 12 en cuanto a examinar los resultados del proceso de vigilancia y revisar el procedimiento fijando plazos para la resolución de las preocupaciones específicas planteadas por los Miembros.

Como expresamos en el Capítulo II de este trabajo, oportunidad en la cual nos abocamos a indagar respecto al tratamiento de las normas privadas en el ámbito del Comité

182 Documento G/SPS/11/Rev.1.

183 Documentos G/SPS/37, G/SPS/42 y Corr.1, G/SPS/45, G/SPS/49, G/SPS/51 y Corr.1 con respecto al período 2005-2009.

184 Documento G/SPS/53, párrafo 44 página 10.

185 G/SPS/11 Rev. 1 Revisión sobre el procedimiento para la vigilancia del Procedimiento de Armonización Internacional.

186 G/SPS/53, párrafo 48 página 11.

MSF, el cuarto examen de funcionamiento del acuerdo recientemente aprobado, brinda recomendaciones que permitirán a los Miembros avanzar en este sentido.

5.1.3 Bajo el punto de Agenda “Examen del Funcionamiento y Aplicación del Acuerdo MSF”

Vimos en la segunda parte que entre las responsabilidades que se le asigna en virtud del Acuerdo MSF al Comité, se encuentra la relacionada a examinar “...el funcionamiento y aplicación del presente Acuerdo a los tres años de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC y posteriormente cuando surja la necesidad”.¹⁸⁷

En el cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de Doha en el año 2001, los Ministros encomendaron al Comité que examinara el funcionamiento y aplicación del Acuerdo al menos una vez cada cuatro años¹⁸⁸. Es el propio Comité, o sea, a los Miembros, a quienes compete examinar el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo y en el marco del ejercicio de dicha competencia es que pueden presentar propuestas de enmiendas del texto del Acuerdo al Consejo de Comercio de Mercancías.

Más allá de esta última prerrogativa, que se presenta jurídicamente viable pero de difícil concreción práctica, habida cuenta de lo que implicó la negociación de este Acuerdo, es la propia herramienta de examen que se otorga a los Miembros lo que nos interesa destacar en este punto. El Examen del funcionamiento y de la aplicación del Acuerdo es una instancia que posibilita llevar al más alto nivel de tratamiento, los temas que son objeto de preocupación.

Se han elaborado a la fecha cuatro exámenes sobre el funcionamiento y aplicación del Acuerdo, el último de los cuales se preparó en base al procedimiento y al calendario fijado por el Comité¹⁸⁹. Si bien el Comité ha reconocido en tal sentido la utilidad del párrafo 2 del artículo 12, y, en especial, de los buenos oficios del Presidente, como medio para facilitar la resolución de problemas comerciales¹⁹⁰, no ha logrado respecto a las preocupaciones sobre las normas privadas, encauzar este tema con el suficiente marco de análisis.

Las recomendaciones que derivan del cuarto examen recientemente aprobado, han identificado las medidas sobre las cuales centrar la atención. No obstante, parecería necesario ser cauteloso en cuanto a evitar retomar discusiones que en el pasado llevaron años y que terminaron paralizando las actividades en el ámbito del Comité como sucedió tal cual lo describimos, en relación a los esfuerzos por lograr una definición de “normas privada” que quizás no represente un aspecto de suma necesidad.

Cabe enfatizar en tal sentido, que el cuarto informe¹⁹¹ sobre el examen del Acuerdo insumió tres años de discusiones, y ello se debió precisamente a las opiniones divergen-

187 Artículo 12, Párrafo 7.

188 Cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, Decisión de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN (01)/17, párrafo 3.4.

189 G/SPS/W/270 y G/SPS/W/270/Add.1.

190 Párrafo 24 del documento G/SPS/12; párrafos 87 y 88 del documento G/SPS/36; y párrafos 116-126 del documento G/SPS/53.

191 G/SPS/W/280/Rev.2, de 6 de noviembre de 2014

tes de los Miembros en relación a las recomendaciones propuestas para el apartado 14, “Normas privadas sanitarias y fitosanitarias”. De hecho, algunos Miembros sostuvieron por años que las normas privadas rebasan el ámbito de aplicación del Acuerdo MSF y, por consiguiente, los intercambios de información deberían tener lugar al margen de las reuniones del Comité¹⁹².

En conclusión, el cuarto informe se aprobó finalmente en julio de 2017 con una recomendación que si bien no resuelve el problema de fondo, avanza en cuanto a la pertinencia del tratamiento de las normas privadas en el ámbito del Comité MSF y lo mandata a “(...) *Examinar problemas específicos planteados por los Miembros, de aplicación de normas privadas MSF que afectan a sus exportaciones*”¹⁹³; proceder que consideramos ajustado a las competencias asignadas a dicho ámbito y al legítimo derecho y la obligación que tienen los Miembros de velar por el funcionamiento que el propio Acuerdo consagra.

Con lo indicado anteriormente, resulta claro que los Miembros podrán retomar los planteamientos sobre normas privadas en el punto de agenda correspondiente a preocupaciones comerciales específicas, si bien no nos deja del todo conformes el que dicho mandato se refiera únicamente a cuestiones o problemas “específicos” y no a la legitimidad misma de dichas normas privadas, cuestión sobre la cual nos hemos pronunciado en extenso.

Ello sin perjuicio además, de la pertinencia de facilitar al Comité información sobre estudios o análisis que se hayan llevado a cabo o de los que tengan conocimiento¹⁹⁴ y de continuar aplicando las medidas 1 a 5 acordadas en el documento G/SPS/55; examinando otras cuestiones pendientes según G/SPS/W/256 y actividades pertinentes¹⁹⁵.

5.1.4 Reforzar y continuar alentando el diálogo y la participación privada en el Comité MSF

El mensaje que el Director General Roberto Azevêdo efectúa en el Informe Anual de la OMC 2017 “(...) *describe en retrospectiva un año caracterizado por la entrada en vigor del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio y una importante enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, y un mayor nivel de compromiso de diversas partes interesadas con las actividades de la Organización* (...)”¹⁹⁶.

En efecto, se encabeza dicho informe sosteniendo que: “(...) *Tras el éxito de la Décima Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Nairobi en diciembre de 2015, el nivel de participación en muchas de las esferas de nuestra labor se intensificó significativamente en 2016. Ha sido un año caracterizado por un intenso debate entre los Miembros sobre muy diversas cuestiones y por un aumento notable del interés de otros colectivos* (...). (Ibídem: Pág.2)

192 G/SPS/W/280/Rev.2, de 6 de noviembre de 2014, párrafo 14.15

193 G/SPS/W/280/Rev.2, de 6 de noviembre de 2014, numeral 14.20, párrafo 2.

194 G/SPS/W/280/Rev.2, numeral 14.20 párrafo 1.

195 G/SPS/W/280/Rev.2, numeral 14.20 párrafo 3.

196 OMC, sitio web oficial, https://www.wto.org/spanish/news_s/news17_s/anrp_31may17_s.htm. Última visita 13.08.2017

Respecto a la participación de distintas organizaciones privadas, se indica en el informe que por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional y el B-20, se efectuó en mayo de 2016 un encuentro de más de 60 dirigentes empresariales que debatieron sobre las dificultades que encuentran en sus operaciones comerciales. El encuentro formaba parte de la iniciativa “Diálogos sobre el comercio”, que tiene por objeto ofrecer a diversos colectivos interesados, con inclusión de organizaciones empresariales sindicales, asociaciones de consumidores y círculos académicos, la oportunidad de debatir cuestiones relacionadas con el comercio.

Consideramos que este tipo de ámbitos resultan ideales para que los países afectados (agroexportadores en el caso que nos ocupa), movilicen a sus actores y agentes económicos de manera tal que los canales de participación de la sociedad civil que puedan habilitarse en el marco del sistema multilateral de comercio, acojan igualmente sus intereses y puntos de vista, así como sus preocupaciones en torno a las cuestiones

5.1.5 Recurrir a las instancias de Mediación del Presidente del Comité MSF

En el año 2014, el Comité MSF incorporó un nuevo mecanismo mediatorio (Documento G/SPS/61) para abordar preocupaciones comerciales específicas que de aplicarse en la práctica, implican otra oportunidad de evaluar y considerar el tema de la elaboración privada de normas sanitarias y fitosanitarias sin tener que recurrir a un proceso de impugnación bajo el Entendimiento relativo a la solución de controversias.

Vemos esta nueva instancia como un paso previo voluntario o “punto medio” entre la presentación de preocupaciones en el Comité y el inicio de un litigio formal. No es obligatorio ni vinculante jurídicamente, pero brinda a las dos partes la oportunidad de recurrir a la mediación como herramienta amigable para la resolución de un conflicto.

Este aspecto, se encuentra legitimado por el propio Acuerdo MSF que establece en su artículo 12 numeral 1 que el Comité MSF se constituye como un órgano que servirá regularmente de foro para celebrar consultas; y que a su vez, otorga a las Miembros la prerrogativa de solicitar al Presidente del Comité actuar como mediador en virtud de lo previsto en el numeral 2 del artículo antes indicado.

En este sentido, consideramos atinada la recomendación efectuada en el cuarto examen del Acuerdo¹⁹⁷ que dispuso:

“Según lo previsto en el Procedimiento para fomentar y facilitar la resolución de cuestiones sanitarias o fitosanitarias concretas entre los miembros de conformidad con el párrafo 2 del artículo 12, el Comité deberá incluir un examen de la aplicación del procedimiento en los exámenes periódicos del Acuerdo MSF”.

De esta forma, se procura a nuestro juicio acertadamente, fomentar la utilización de este procedimiento que vemos entonces como una vía posible para la formulación de consultas en el tema que nos ocupa.

197 G/SPS/W/280/Rev.2

5.2 Aplicación del sistema de Solución de Diferencias por Anulación o Menoscabo

5.2.1 Procedimientos de Mediación, Buenos Oficios y Conciliación

Como señaláramos, las alternativas identificadas en búsqueda de soluciones al problema bajo análisis, pueden ser concomitantes entre sí.

En ese sentido, si bien el desarrollo del debate multilateral y las posiciones evidenciadas por algunos países, nos pueden generar bastante incertidumbre en torno al éxito de este tipo de recursos, consideramos que los países afectados deben, como estrategia, utilizar todas las vías a su disposición para velar por sus intereses.

Al respecto, es importante anotar que las diligencias relativas a los buenos oficios, la conciliación y la mediación, iniciadas con arreglo al Artículo 5° del ESD, y en particular las posiciones adoptadas durante las mismas por las partes en la diferencia, son confidenciales y no prejuzgan sobre los derechos de ninguna de las partes en posibles diligencias ulteriores con arreglo a estos procedimientos.

Recordemos igualmente, que si las partes en la diferencia así lo acuerdan, el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación podrá continuar mientras se desarrollen las actuaciones del grupo especial, lo que resulta importante habida cuenta de que, como vimos al detallar el carácter sumamente especializado del Acuerdo MSF, el grupo especial contempla para estos casos la posibilidad de conformar grupos asesores o consultar a instituciones internacionales competentes, para cuestiones científicas o técnicas que requieran este tipo de asesoramiento externo.

En este sentido, la mediación, conciliación o buenos oficios, para el caso del Acuerdo MSF, pueden verse alimentadas de insumos aportados por entidades o expertos internacionales sobre la materia, lo que sin duda puede traducirse en un nivel de análisis y debate muy distinto al tratamiento superficial que, como hemos visto, ha tenido la cuestión de las normas privadas en el marco del Comité MSF.

Otra reflexión interesante que nos surge es que, en este tipo de ejercicios alternativos de solución de diferencias, está prevista la posibilidad de que el Director General, de oficio, ofrezca sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver una diferencia, siendo dicho alto funcionario además el máximo responsable de velar por el cumplimiento y vigencia de las normas que componen el sistema multilateral de comercio.

A riesgo de pecar de ingenuos, no nos resulta descabellado pensar que toda intervención de la Secretaría General de la OMC, en la persona de su Director General, tendrá como norte la búsqueda de la estabilidad del sistema, máxime frente a fenómenos como el de las normas privadas sanitarias y fitosanitarias que, como hemos visto, se convierten de facto en restricciones injustificadas paralelas y adicionales a las regulaciones oficiales establecidas con arreglo a los compromisos multilaterales.

5.2.2 Consultas entre los Miembros

Vimos al tratar el Acuerdo MSF en materia de consultas y solución de diferencias, que las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, son aplicables a la celebración de consultas y a la solución de diferencias en el marco del Acuerdo MSF, salvo que en éste se disponga expresamente lo contrario¹⁹⁸. Por ende, las diferencias que surjan en virtud del Acuerdo MSF están sujetas a la jurisdicción del Órgano de Solución de diferencias de la OMC.

La práctica conciliatoria a que hicimos referencia anteriormente, se plasma en el artículo XXII del Acuerdo GATT de 1994, al establecer que:

- “1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo.*
- 2. Las PARTES CONTRATANTES podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.”*

Esto reafirma, como hemos visto, que la consulta o conciliación entre las partes como requisito de precedibilidad al debate jurídico, es un principio procesal de los sistemas de solución de controversias del derecho económico internacional y que de conformidad con el artículo 4.5 y 3.10 del Acuerdo de ESD de la OMC, las consultas tienen como finalidad la búsqueda de mecanismos amigables de solución de controversias en aras de concretar la situación fáctica y jurídica de la disputa entre los Estados y, materializar un mecanismo de autocomposición entre los Estados Miembros en pro del principio de economía procesal (OMC, 1993).

Se consagra de esta forma, una solución que es común a muchos sistemas jurídicos en tanto parte de la base que es preferible siempre una solución consensuada sobre la base de una autocomposición del conflicto por las mismas partes involucradas. Este es además un mecanismo que está siempre disponible aun cuando la diferencia avance a otras etapas del proceso, con lo cual no podemos más que compartir la consagración y alentar la aplicación práctica del mismo.

Por las circunstancias anotadas, es que según palabras de la propia OMC¹⁹⁹ *“La cuestión prioritaria es resolver las diferencias, no dictar sentencia”* y agrega que en todas las etapas del procedimiento *“... se alienta a las partes en la diferencia a que celebren consultas entre sí,*

198 Acuerdo MSF, artículo 11 numeral 1.

199 Capítulo 3 Solución de Diferencias en la OMC, curso en línea

a fin de llegar a una solución “extrajudicialmente”. En todas las etapas el Director General de la OMC podrá ofrecer sus buenos oficios, mediar o contribuir a una conciliación”.

Si bien, como señalamos al ocuparnos de los buenos oficios, mediación o conciliación, es dable agotar todas estas instancias que los Acuerdos en general y el MSF en particular, ponen a disposición de los Miembros que se consideran afectados por la actuación de otro Miembro, también dijimos que en los hechos, resulta en ocasiones difícil lograr una solución cuando la visión de las partes dista mucho de tener algún elemento en común.

En ese sentido, hay una parte importante de miembros que no considera que tengan nada que hacer frente a entidades, personas físicas o jurídicas privadas, aun cuando estando sujetos a “su jurisdicción” y a las normas legales vigentes en sus propios territorios, establecen y exigen en las transacciones comerciales medidas sanitarias y fitosanitarias.

Se requeriría entonces, para asumir las instancias mediatorias y las oportunidades de seguimiento que el propio Acuerdo pone a disposición de los miembros, y que hemos descrito anteriormente, cambiar sustancialmente el enfoque que ha tenido el tratamiento del tema a la fecha, que si bien mandata a abordar preocupaciones específicas, no avanza en ninguna consideración jurídica respecto a al hecho cierto de dejar librado a intereses privados, la determinación de los NAP y la propia MSF. 1

De no ocurrir ello, tememos que no será posible llegar a un entendimiento que permita evitar la articulación de los mecanismos de solución de diferencias por la no adopción por parte de algunos Miembros de acciones a las que están obligados y que derivan concretamente del propio Acuerdo MSF en claro incumplimiento de las disposiciones en él establecidas.

5.2.3 Los procedimientos de reparación por anulación o menoscabo

Las circunstancias en que un Miembro tiene derecho a una reparación por anulación o menoscabo y a recurrir para ello al mecanismo de solución de diferencias previsto en el ESD, están establecidas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo XXIII que expresamente dispone:

“1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

- a) *que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o*
- b) *que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o*
- c) *que exista otra situación”*

Del indicado inciso 1 del artículo XXIII surge que están previstas en el sistema tres clases de reclamaciones²⁰⁰ a saber: 1) Reclamaciones en casos en que existe infracción; 2) Reclamaciones en los casos en que no existe infracción y, 3) Reclamaciones en casos en que existe otra situación.

Para que se configure entonces el supuesto previsto en la norma, se requiere entonces que como consecuencia de alguna de esas tres situaciones, una *“ventaja” derivada directa e indirectamente del acuerdo, se “anuló” o “menoscabó” o “el cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo se encuentra comprometido”*.

Es en base a lo anterior que se ha señalado con respecto a esta figura que: *“En la OMC estos términos se utilizan para referirse a la anulación o menoscabo de las ventajas de que goza o espera gozar un país gracias a su pertenencia a la OMC, causado por una modificación del régimen de comercio de otro país o por el incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la OMC.”*²⁰¹

Ingresando a los supuestos previstos en la norma, puntualizamos que, mientras el literal a) comprende las reclamaciones en caso de que exista infracción, el literal b) en cambio, refiere a lo que ha dado a llamarse *“reclamación sin infracción”* que pueden presentarse para impugnar cualquier medida aplicada por un Miembro aunque no entre en conflicto con los Acuerdos pero siempre que dé lugar a la anulación y el menoscabo de una ventaja.

El tercer tipo de reclamaciones es el llamado *“reclamaciones en casos en que existe otra situación”*, que dada la generalidad de su redacción, podría abarcar cualquier situación siempre y cuando dé lugar a una *“anulación o menoscabo”*. Si bien bajo el GATT 47 se presentaron algunas reclamaciones de este tipo, ninguna de ellas dio lugar a un informe de un grupo especial.

En la OMC, hasta ahora ningún reclamante ha invocado el párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT. Las características antes indicadas son las que llevan a que en el ámbito de la OMC se sostenga que la admisibilidad de las reclamaciones *“en los casos en que no existe infracción”* y *“en casos en que existe otra situación”* hace que el alcance del sistema de solución de diferencias de la OMC sea mayor que el de otros sistemas internacionales de solución de diferencias que se limitan a resolver la violación de acuerdos.

Por dichas razones no ahondaremos en el análisis de los párrafos 1 (b) y 1 (c) del Artículo XXIII del GATT, por considerar que el párrafo 1 (a) nos proporciona la base jurídica para un eventual accionamiento por incumplimiento de los Miembros, de lo previsto en el Artículo 13 y que se traduce en la omisión de actuar conforme a lo que el mismo establece.

200 Conforme OMC *“...las primeras son, con mucho, las más frecuentes. Son pocos los casos que se han sometido alegando una anulación o menoscabo de ventajas comerciales que no es debida a una violación. No ha habido “reclamaciones en casos en que existe otra situación” respecto de las cuales se haya redactado un informe de un grupo especial o el Órgano de Apelación sobre la base del párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994”*.

201 https://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/nullification_and_impairment_s.htm

Cabe indicar al respecto, que el artículo 3 numeral 8 del ESD establece que:

“En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación”.

De esta disposición se desprende entonces que en caso de incumplimiento de las disposiciones del GATT 94 o de disposiciones de sus acuerdos abarcados, la anulación o el menoscabo se presumen. Por ende, una violación de una o varias disposiciones de los Acuerdos, da lugar automáticamente a una presunción de anulación o menoscabo de ventajas comerciales. Para que dicha presunción caiga, es necesario la presentación de “prueba en contrario” por parte del Miembro sobre quien recae la reclamación.

Este aspecto, ha sido considerado a nivel jurisprudencial, habiéndose puesto especial énfasis en que la inversión de la carga de la prueba opera con respecto a la presunción consagrada en el artículo considerado. En efecto, el Órgano de Apelación²⁰² ha sostenido en ese sentido que:

“Esta carga de la prueba, implicará entonces para el demandado, justificar que no hay impacto comercial si aspira a hacer caer la presunción. Al respecto, es interesante ver que si bien este aspecto ha sido considerado en el marco de procedimientos de solución de diferencias porque ha habido situaciones en que se ha intentado justificar la caída de esta presunción, la respuesta ha sido contundente a nivel de algunos órganos. En efecto, ello ha sucedido por ejemplo con los grupos especiales²⁰³.”

Como se desprende de lo que hemos considerado al abordar las disposiciones del artículo 13 del Acuerdo MSF, resulta a nuestro juicio meridianamente claro que el mismo consagra obligaciones de resultado para los Miembros y por ende, el no cumplimiento de esa obligación genera responsabilidad, en virtud de la presunción que ha sido detallada.

El párrafo 1º, del Artículo 13, que no ha sido prácticamente objeto de consideración en las discusiones del Grupo de Trabajo creado ex profeso, en tanto y como vimos, se ha centrado en los términos “entidad no gubernamental” y en un intento por definir “norma privada”, establece en forma expresa que “En virtud del presente Acuerdo, los miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas”, lo cual no es más que la asignación directa de responsabilidad para los miembros, basada además en lo establecido por la Convención de Viena de que los acuerdos deben ser cumplidos de buena fe.

202 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos, Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, WT/DS33/AB/R y Corr. 1, adoptado el 23 de mayo de 1997.

203 En el Informe del Grupo Especial, Italia, Maquinaria agrícola, párrafos 21 y 22 se sostuvo:

Adicionalmente, el propio Artículo 13 del Acuerdo MSF dispone que los Miembros tomaran las medidas razonables para que las entidades no gubernamentales existentes en sus territorios, cumplan con las disposiciones pertinentes del Acuerdo. En ese sentido, la obligación para los Miembros los mandata a asegurar, con todos los medios a su alcance, una actuación compatible con las disposiciones del Acuerdo MSF, de, entre otras, las entidades no gubernamentales en su territorio. La ilicitud, se genera en tal sentido, por el incumplimiento de un deber jurídico, de un deber derivado de una regla imperativa, en este caso, la de velar por la observancia del Acuerdo.

Es necesario recordar asimismo, que las conductas generadoras de responsabilidad que pueden ser atribuibles a un sujeto de derecho internacional pueden fundarse tanto en acciones, como en omisiones, violatorias en ambos casos de una obligación internacional. Citamos en tal sentido, una vez más a BARBOZA (2008: Pág.400), cuando aclara que la Comisión optó por la palabra "hecho" y no "actos" porque la palabra hecho incluye tanto acciones como omisiones y agrega que *"La conducta atribuida al Estado puede ser positiva u omisiva, siendo esta última la más frecuente en el campo de los hechos ilícitos internacionales. Por ejemplo, las conductas de particulares que causen daños a extranjeros, no son las que originan la responsabilidad del Estado – cuando ésta corresponde – sino la inacción de los órganos propios que tenían la obligación de evitarlos"*.

Se requiere entonces para que surja responsabilidad, un elemento subjetivo o conducta atribuible al Estado (hecho del Estado) y un aspecto objetivo (violación), que es el contraste de ese hecho del Estado con la conducta exigida por una obligación internacional. En el presente caso, el elemento subjetivo o hecho del Estado es la omisión en disciplinar la actuación de entidades privadas que emitan normas de carácter sanitario y fitosanitario, mientras que el aspecto objetivo se evidencia claramente cuando se contrasta dicha omisión con el categórico mandato de "asegurar" que este tipo de entidades tengan una actuación compatible con las disposiciones del Acuerdo MSF.

De otro lado, vimos que en lo que refiere a la responsabilidad por hecho ilícito, es posible atribuir al Estado la conducta de ciertas personas o entidades que actúan en determinadas condiciones, cuando dichas personas o entidades: ejercen atribuciones del poder público o actúan bajo la dirección o supervisión de las autoridades oficiales., arguyéndose por oposición que no se puede asignar al Estado responsabilidad por hecho ilícito, derivada de las consecuencias de la conducta de terceros que no actúan de alguna manera como sus órganos, de jure o de facto

Esto ha querido ser visto, como describimos en oportunidad de analizar el Artículo 13, como una indicación en cuanto a que el Artículo 13 del Acuerdo MSF no aplica para el caso de entidades no gubernamentales que actúen por fuera de esos supuestos, lo que resulta a todas luces, si se quiere, un sofisma, toda vez que el mandato de dicho artículo no se encuentra dirigido a dichas entidades sino que constituye un mandato directo a los Miembros para que garanticen una actuación compatible de las entidades no gubernamentales en su territorio.

El cumplimiento del mandato del Artículo 13 del Acuerdo MSF se verifica, únicamente en función en que los actos de implementación de dichas medidas así lo consignen, vale decir, la responsabilidad internacional se configura a partir del fracaso de los Estados en lograr el resultado requerido, el cual consistiría para el caso que nos ocupa, en la omisión de dejar claramente reflejado el carácter imperativo que deberían tener los actos de implementación, más no en los actos de particulares que dicho fracaso posibilita.

En consecuencia, reiteramos, resulta irrelevante analizar si dichas actuaciones se encuadran dentro de supuestos de delegación de facultades o bajo instrucciones o dirección estatal, o si los mismos se efectúan por fuera de la órbita de la actuación estatal, habida cuenta de que, en cualquiera de los casos, se efectúan dentro de su jurisdicción.

El incumplimiento entonces de esa obligación de resultado contenida en el artículo 13 del Acuerdo MSF, de velar “la observancia de todas las obligaciones estipuladas en el Acuerdo”, particularmente en lo que a la actuación de entidades no gubernamentales en su territorio se refiere, en el marco de la puesta en marcha de dicho Acuerdo, constituye claramente un hecho que por la vía de la omisión de cumplimiento de un compromiso internacional, se traduce en la responsabilidad internacional del Miembro omiso y configura un supuesto de anulación o menoscabo bajo los términos del párrafo 1 (a) del Artículo XXIII.

5.3 Conclusiones

- 1) La articulación de procedimientos mediatorios, consulta y buenos oficios, así como el accionar proactivo y fundado de los Miembros en el ámbito del Comité, representan, vías de acción estratégicas que llevadas a cabo con los necesarios argumentos técnicos y jurídicos, pueden resultar eficaces.
- 2) La omisión de un Miembro en disciplinar la actuación de entidades no gubernamentales en su territorio, constituye un hecho generador de responsabilidad internacional de dicho Miembro, por incumplimiento de la obligación de resultado contenida en el Artículo 13 de dicho Acuerdo. Esta omisión de actuación por parte de los Miembros, configura un supuesto de anulación o menoscabo bajo los términos del párrafo 1 (a) del Artículo XXIII del GATT y en tal sentido, podría articularse con adecuado fundamento, el mecanismo de solución de diferencias previsto en el ESD.

CAPÍTULO VI: CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN Y CONCLUSIONES GENERALES

En virtud de lo desarrollado a lo largo del presente trabajo, pasaremos a contrastar nuestros hallazgos frente a las hipótesis inicialmente planteadas:

Hipótesis 1: Las “normas privadas” bajo análisis son en esencia medidas sanitarias y fitosanitarias de conformidad a lo previsto en el Acuerdo MSF²⁰⁴ y su imposición al comercio internacional, genera conflictos e impactos que pueden resolverse a la luz del principio de integración sistémica.

Del análisis efectuado, es posible observar que las “normas privadas” concuerdan con la definición de Medida Sanitaria y Fitosanitaria que establece el Anexo A numeral 1 párrafo 1 del Acuerdo MSF, sin embargo el proceso de su elaboración no se ajusta a lo previsto en el Acuerdo, tanto en lo que respecta a su emisión como a las exigencias técnicas requeridas, tal como surge de los casos analizados como evidencia empírica. En relación al impacto sobre el comercio internacional, del estudio es posible observar las diversas exigencias injustificadas y adicionales a las gubernamentales, cuyo cumplimiento deviene obligatorio y genera un impacto negativo para el comercio internacional.

Por último, recurriendo al principio de integración sistémica hemos podido incluir en nuestro análisis a las “normas privadas” como normas aplicables a las relaciones entre las partes (Miembros de la OMC), y así abordar jurídicamente el tratamiento de conflictos normativos derivados de normas de derecho internacional público y normas que regulan las relaciones entre privados.

Hipótesis 2: Las “normas privadas” de carácter sanitario y fitosanitario elaboradas, adoptadas e impuestas al comercio internacional, no son compatibles con las reglas y principios del derecho internacional económico, en particular con el sistema multilateral del comercio y el Acuerdo MSF de la OMC, ni resultan legitimadas en la medida que lo contravengan.

Del análisis de la evidencia empírica presentada, de las presentaciones con cuestionamientos realizadas por algunas delegaciones en el seno del Comité MSF y del análisis de los artículos del Acuerdo MSF, es posible concluir que las normas privadas regulan temáticas de interés general pertenecientes al campo del derecho imperativo, sobre las cuales los países a modo de contralor se han autoimpuesto la necesidad de contar para su elaboración, con suficiente evidencia científica, garantizando la aplicación del principio de equivalencia, evaluación de riesgo, transparencia, procedimientos previos de notificación entre otros. Dichos requisitos están dirigidos a velar por la protección de la salud humana, animal y vegetal, sin que ello implique restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar dichos objetivos. En consecuencia, es posible advertir que las normas privadas que se imponen al comercio internacional no son compatibles con ninguna de dichas disposiciones.

204 De acuerdo a su contenido pero no a su proceso de elaboración.

Hipótesis 3: Los acuerdos que componen el sistema multilateral de comercio, particularmente el Acuerdo MSF, ofrecen una base jurídica legítima y suficiente para limitar, en territorio de los Miembros, la elaboración, adopción e imposición de medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel privado.

En el estudio hemos demostrado en diversas oportunidades, que el Artículo 13 del Acuerdo MSF plasma una obligación de resultado, dirigida a los Miembros de la OMC que los obliga a velar por la observancia del acuerdo y asegurar una actuación compatible con el mismo, incluyendo a la actuación de las entidades privadas en su territorio. Sin embargo, la producción de normativa en materia sanitaria y fitosanitaria a nivel privado, genera un claro incumplimiento por parte de los Miembros de la OMC de la observancia del Acuerdo MSF. En efecto, hemos demostrado a través del análisis jurídico efectuado, que tanto la fijación del Nivel Adecuado de Protección como la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias, compete a los Miembros, lo que descarta toda posibilidad de que puedan quedar, ambos extremos, bajo la esfera de actuación de entidades privadas. Asimismo, se demuestra que la materialización de ambos aspectos (el NAP y la MSF), debe necesariamente implementarse a través de normas imperativas de orden público que limitan la autonomía de la voluntad privada.

Hipótesis 4: El Acuerdo MSF permite fundamentar la atribución de responsabilidad a los Miembros de la OMC por anulación o menoscabo de sus obligaciones y de los beneficios de acceso garantizados por el sistema multilateral de comercio.

Del análisis efectuado se desprende que en virtud del artículo 13, los Miembros de la OMC son responsables por omisión a la obligación de disciplinar las conductas privadas y asegurar que este tipo de entidades tengan una actuación compatible con el Acuerdo MSF. Dicho incumplimiento, genera la presunción de anulación o menoscabo de las ventajas comerciales bajo los términos del párrafo 1 a) del Artículo XIII del Gatt que resulta aplicable por remisión expresa del Acuerdo MSF.

REFLEXIONES FINALES

La enorme dificultad para poder delimitar y analizar el objeto de estudio del presente trabajo de investigación estuvo radicada principalmente, dentro de la vasta complejidad del asunto bajo análisis, en una interrogante que se presentó como telón de fondo a lo largo de todo el proceso, referida a la aparente colisión, o en todo caso, a la interacción no virtuosa que se daba entre los acuerdos del sistema multilateral del comercio, específicamente el Acuerdo MSF, y determinadas normas aplicadas por agentes privados al comercio internacional, que menoscaban los beneficios de acceso al mercado que los países Miembros de la OMC se garantizaron en materia sanitaria y fitosanitaria, siempre y cuando se cumplieran con los estándares establecidos por los gobiernos en función del Acuerdo MSF.

Básicamente, se trataba de abordar, desde la perspectiva del derecho, lo que aparecía como la disonancia entre dos principios jurídicos fundamentales, el principio de *Pacta Sunt Servanda* del Derecho Internacional Público, en virtud del cual los tratados deben cumplirse de buena fe y el Principio de la Autonomía de la Voluntad, en su sentido negocial o contractual, del derecho privado, en virtud del cual uno es libre de elegir a su contraparte y de dotar de contenido a su relación contractual, dentro de los límites que impone el orden público, la ley y las buenas costumbres.

De ahí surgió como primera interrogante la necesidad de delimitar la relación jurídica entre un acuerdo de tipo intergubernamental, que establece fundamentalmente obligaciones para los Estados, con regulaciones pertenecientes a órdenes normativos no jurídicos que se aplican los privados entre sí.

En principio no parecía existir una interface entre ambos tipos de normas, las intergubernamentales y las privadas, por lo que igualmente no parecía existir la posibilidad de desafiar las últimas según los mecanismos de solución de diferencias establecidos en el sistema multilateral de comercio en el que se inscribe el Acuerdo MSF.

De hecho, y como ya hemos descrito, el debate en el ámbito del Comité MSF creado en virtud de dicho acuerdo ha estado centrado precisamente en esta cuestión:

- de un lado quienes (básicamente el mundo desarrollado) alegan que el Acuerdo MSF, específicamente su artículo 13 no constituye una base suficiente para lograr disciplinar actuaciones privadas que pongan en riesgo los logros conseguidos en el marco del Acuerdo MSF, al hacer referencia, siguiendo su razonamiento, dicho artículo a entidades no gubernamentales que actúan por delegación de facultades de gobierno (pese a que no lo dice expresamente); y,
- de otro lado quienes señalan que la obligación contenida en el artículo 13 de lograr que entidades no gubernamentales en su territorio cumplan con las disposiciones del Acuerdo MSF comprende a todo tipo de entidades privadas que pudiesen actuar de manera incompatible con el mismo.

No obstante lo anterior, basándonos en nuestro propio análisis, en los principios y normas que rigen el derecho internacional, así como en el estado del arte en el debate internacional de la materia, y utilizando un par de casos que grafican de manera patente la existencia del problema, nos propusimos analizar las herramientas que el sistema multilateral de comercio pone a disposición para disciplinar la actuación de los privados en esta materia, más allá de la naturaleza jurídica distinta de las normas privadas bajo análisis, así como plantear algunas alternativas de solución.

Cabe anotar que el presente trabajo se ha centrado en identificar que pueden hacer los gobiernos en el plano internacional a la luz de los acuerdos del sistema multilateral de comercio, más no hemos ahondado en identificar de manera detallada los mecanismos o medidas que los Estados deberían adoptar para disciplinar la actuación privada al interior de sus mercados de cara a garantizar debidamente la observancia y aplicación del Acuerdo MSF y de las medidas gubernamentales de carácter sanitario y fitosanitario adoptadas en función de sus disposiciones.

No obstante lo anterior, efectuamos algunas consideraciones sobre el particular, principalmente vinculadas a los objetivos de alto interés general que persiguen las normas sanitarias y fitosanitarias, y al carácter imperativo que adquieren en consecuencia, que debería bastar para impedir que convencionalismos privados vulneren los compromisos internacionales de acceso a mercados.

El desarrollo de la investigación nos permitió arribar a una serie de conclusiones que no sólo nos permiten considerar que el objetivo propuesto ha sido logrado, sino que además, proporciona un enfoque en materia de responsabilidad de los Miembros de la OMC por la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, que puede aportar orientaciones en relación a las medidas necesarias que habrán de implementarse para disciplinar la actuación privada en materia sanitaria y fitosanitaria.

Las principales conclusiones a las que hemos llegado, nos permiten reflexionar acerca de la importancia del problema desde la perspectiva del derecho y fundamentalmente, al enorme desafío, que a su respecto tienen, la comunidad internacional en su conjunto, el sistema multilateral del comercio y los Miembros de la OMC habida cuenta de los distintos intereses comprometidos.

En tal sentido, los ejercicios académicos pueden contribuir y aportar elementos adicionales para el análisis y es por este motivo que nos interesa reseñar brevemente, y para culminar, los aportes más relevantes que pueden extraerse de este trabajo.

Habida cuenta de la trascendencia que tienen los fenómenos fragmentarios en el campo normativo e independientemente de las distintas posiciones doctrinales y enfoques existentes sobre el particular, consideramos importante haber encontrado en el propio derecho internacional, las herramientas que nos permitieron efectuar el análisis de la regulación oficiosa a nivel privado, desde la perspectiva de dicho fenómeno incluyendo a las normas privadas, como norma de derecho internacional aplicable a la relaciones entre las partes (Miembros de la OMC) para analizar el conflicto y sus vías de solución.

En relación al problema inicial que nos propusimos abordar, creemos estar haciendo un aporte a los debates que seguramente continuarán desarrollándose en la comunidad internacional y, en tal sentido, ponemos especial énfasis en cuanto a que los desarrollos efectuados en la investigación, nos permiten válidamente afirmar, que las normas y principios de derecho internacional nos proporcionaron la base argumentativa necesaria para concluir, que las “normas privadas” en materia sanitaria y fitosanitaria no sólo contravienen lo previsto en las normas y principios de derecho internacional sino que, generan responsabilidad internacional de los Miembros de la OMC por incumplimiento de sus obligaciones en materia de observancia y disciplinamiento de dicha actuación privada en sus respectivas jurisdicciones.

El carácter “implementativo” del Artículo 13 del Acuerdo MSF, y la obligación en él consignada en lo que respecta a la responsabilidad de los Miembros por lograr la observancia de sus disposiciones, incluyendo el objetivo de “asegurar” que la actuación de las entidades no gubernamentales dentro de su territorio sea de observancia, respeto o compatibilidad con las disposiciones de dicho acuerdo, debe leerse de manera armoniosa y consistente con el espíritu, naturaleza y objetivos del Acuerdo MSF, de establecer las reglas bajo las cuales debe ejercerse, de manera no discriminatoria ni innecesariamente restrictiva para el comercio, la facultad exclusiva y excluyente de los Miembros de emitir medidas sanitarias y fitosanitarias.

Esta lectura armoniosa debe considerar la naturaleza de disposiciones normativas de orden público de las cuestiones sanitarias y fitosanitarias, que implican decisiones gubernamentales que no pueden quedar libradas a intereses particulares, tanto por el interés general de protección de la salud humana, animal y vegetal que persiguen, como por el objetivo de lograr que dicha protección no se verifique de manera discriminatoria, o que configure restricciones injustificadas o encubiertas al comercio.

Reflexión particular merecen, los actos de implementación que los Miembros deberían adoptar en función de dicho mandato, consignando de manera expresa, el carácter imperativo de las medidas sanitarias y fitosanitarias en el marco del Acuerdo MSF, razón por la cual no serían admisibles, prácticas privadas que pactan en contrario de lo dispuesto por las medidas gubernamentales en materia sanitaria y fitosanitaria, ello sin perjuicio de la ilegitimidad que representa que los niveles de protección sanitaria o fitosanitaria, se establezcan sin evaluación ni análisis y resulten de valoraciones motivadas en intereses privados.

La responsabilidad internacional de los Miembros de la OMC, se configura precisamente, a partir del fracaso de los Estados en lograr el resultado requerido de reflejar claramente ese carácter imperativo en los actos de implementación, habida cuenta de los actos de particulares que dicho fracaso habilita. Al estar dicha obligación de resultado dirigida a los Miembros, en un contexto de implementación y observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, resulta irrelevante analizar si dichos actos se encuadran dentro de actuaciones efectuadas en función de supuestos de delegación de facultades o bajo instrucciones o dirección estatal, o si los mismos se efectúan por fuera de la órbita de la actuación estatal, habida cuenta de que, en cualquiera de los casos, se efectúan dentro de su jurisdicción. Al estar dicha obligación de resultado, dirigida a los Miembros, en

un contexto de implementación y observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, resulta irrelevante analizar si dichas prácticas se encuentran vinculadas o no a actuaciones gubernamentales, habida cuenta de que, en cualquiera de los casos, se efectúan dentro de su jurisdicción.

El sistema multilateral y el Acuerdo MSF ofrecen un conjunto de herramientas e instancias para abordar el tratamiento del tema, tales como el propio Comité MSF así como una serie de mecanismos como los buenos oficios, la conciliación y la mediación (incluyendo aquella que contempla específicamente la intervención del Presidente del Comité MSF), así como las consultas que pueden ser muy útiles para encaminar las próximas acciones.

Enfatizamos en tal sentido, la importancia estratégica de agotar y utilizar todas las herramientas e instancias disponibles y, evaluar al menos los elementos con los que se cuenta desde una perspectiva jurídica, para accionar de ser necesario, las instancias que la OMC nos proporciona en materia de solución de diferencias.

Finalmente, y en todo caso, el apego a las reglas de derecho, se plantea como la estrategia más cierta y recomendable como contrapeso a otras que derivan del ejercicio del poder en su amplia dimensión.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU, S. 2006. *“La Inserción Externa del Uruguay. Visión Política y Estratégica”*. En: Reflexiones para un MERCOSUR Viable. Montevideo: KONRAD - ADENAUER – STIFTUNG E.V.

ALBÁN OVIEDO, J. Junio 2004. *La autonomía de la voluntad en la compraventa internacional*. En Revista de Derecho Internacional y del Mercosur. Luis Alejandro Estoup (Director). La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora.

AMAZO PARRADO, D.C. 2007. *¿Es Paradójica la Autonomía de la Voluntad frente al Principio de Legalidad en los Contratos Estatales?* Bogotá: Revista Estudios Socio-Jurídicos, Julio-diciembre, año/vol. 9, número 002. Universidad del Rosario.

ARNOLETTO, E.J. 2007. *Glosario de Conceptos Políticos Usuales*. EUMEDNET. Disponible en: <http://www.eumed.net/dices/eja-dic.zip>. Consultado el 28/08/2017

ARTIGAS, C. 2001. *El Principio Precautorio en el Derecho y en la Política Internacional*. Santiago de Chile: CEPAL.

AZEVEDO, R. 2017. *Informe Anual 2017*. Organización Mundial del Comercio.

BALDWIN, R. y CAVE, M. 1999. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press. ISBN 0198774370, 9780198774372

BALLESTEROS GARRIDO, J.A. 1999 *Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía*. José María Bosch Editor.

BARBERIS, J.A. 1994. *Formación del Derecho Internacional*. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma.

BARBOZA, J. 2006. *La Responsabilidad Internacional*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Julio_Barboza.pdf. Consultado el 28/08/2017.

BARBOZA, J. 2008. *Derecho Internacional Público*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Zavalía,

BERNARDO, J. y CALDERO, J.F. 2000. *Investigación cuantitativa (4); Métodos no experimentales*. Madrid: RIALP, S.A

BOHANES, J. y SANDFORD, I. 2008. *The (Untapped) Potential of WTO Rules to Discipline Private Trade-Restrictive Conduct*. Society of International Economic Law, 56/08: Geneva.

BRAÑES, R. y REY, O. 2001. *Política, derecho y administración de la seguridad de la biotecnología en América Latina y el Caribe: Serie Seminarios y conferencias*. Santiago de Chile: CEPAL

BRITO, M. 1985. *El principio de legalidad e interés público en el Derecho Positivo Uruguayo*. LJU. Tomo 90.

BROWNLIE, I. 2008. *Principles of Public International Law*. Oxford. Seventh Edition,

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G; HOAGUE, E.C. 2010. *Diccionario Jurídico Inglés – Español*. Volumen 1. Editorial Heliasta S.R.L.

CABANELLAS DE TORRES, G. 1993. *Diccionario Jurídico Elemental*. Ed. Heliasta SRL.

CABANELLAS, G. 1984. *Diccionario Jurídico Elemental*. Séptima Edición. Editorial Heliasta S.R.L.

CAPELLA, J.R. 2008. *Fruta Prohibida: Una aproximación histórico – teórica al estudio del Derecho y el Estado*. Quinta Edición. Editorial Trotta. ISBN: 978-84-9879-013-9

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. 1992. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Disponible en: http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml. Consultado el 28/08/2017

DE LA GUARDIA, E. 1997. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo De palma.

Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-consuetudinario/derecho-consuetudinario.htm>. Consultado el 15/08/2017.

ESCOLA, H.J. 1989. *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma Bs. As.

FAO. Set. 2008. *Seminario Regional “Normas Privadas de Sanidad Vegetal, Animal e Inocuidad Alimentaria, La Necesidad de la Acción Regional para Promover Bienes Públicos*. Actas. Santiago de Chile: FAO, 3-5 Set. 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. 2000. *El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*. N° 5. Escriba. México: Revista del Colegio de Notarios del Estado de Mexico.

GARNER, B. A. 2009. *Black’s Law Dictionary*. 8ava Edición.

IDIGORAS, G; FIED, A; LARA, P. Enero 2011. *Incidencia de los requisitos privados para alimentos en el Cono Sur*. Estudio sobre cadena bovinos de carne. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA).

ITC. 2012. *When do Private Standards Work?* (Literature Review Series on the Impacts of Private Standards; Part IV). Documento N° MAR-12-227.E, Ginebra: ix. Disponible en: <http://www.intracen.org/When-do-Private-Standards-Work/>

JIMENES DE ARECHAGA, E; ARBUET-VIGNALI, H; PUCEIRO RIPOLL, R. 2005. *Derecho Internacional Público, Principios, normas y estructuras*. Fundación de Cultura Universitaria, Tomo I Primera Edición.

KELSEN, H. 1953. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. Ed. 28. 1994

KOSKENNIEMI, M. 2006. A/CN.4/L.682. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*. Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, ONU.

LACOVONE, L. 2005. *Análisis e impacto de las medidas sanitarias y fitosanitarias* Revista de Integración y Comercio. Departamento de Economía, Universidad de Sussex: Falmer, Brighton, Reino Unido. ISSN 1026-0463

LAMY, P. 2006. *El lugar y la función (del derecho) de la OMC en el orden jurídico internacional: Intervención ante la Sociedad Europea de Derecho Internacional*. Sorbonne, Paris. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl26_s.htm. Consultado el 20/08/2017.

LARACH, M.A. 2003. *El acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias: contenido y alcance para América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas, CEPAL, Serie Comercio Internacional 39.

LINARES, J.F. 1989. *“Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Astrea.

LÓPEZ RUIZ, F. Diciembre 2007. *Notas sobre la nueva lex mercatoria*. Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper 1/2007.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. 2009. *Derecho del Comercio Internacional*. La nueva lex mercatoria. Instrumentos de Derecho mercantil uniforme: de CNUDMI, de UNIDROIT, de la CCI, y otras fuentes: Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

MÉNDEZ, J.L. 1993. *La política pública como variable dependiente: hacia un análisis más integral de las políticas públicas*. En Foro internacional.

NUÑEZ SANTIAGO, B. 1998. *Políticas públicas y derecho alimentario: Del GATT a la OMC en América Latina y del Caribe*. Argentina: Ed. Ciudad Argentina.

OIE. RESOLUCIÓN No. 26 de la Asamblea Mundial de la OIE. 78ª SG/IF – PARIS. 2010. *Papel de las normas públicas y privadas en la sanidad animal y el bienestar animal*. Disponible en: http://www.oie.int/fileadmin/Home/esp/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/E_RESO_2010_PS.pdf. Consultado el 15/08/2017.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2005. G/MSF/GEN/766.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/MSF/GEN/822.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/MSF/GEN/822

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/MSF/GEN/843.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/MSF/W/232.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. Efectos de las Normas Privadas relacionadas con cuestiones Sanitarias y Fitosanitarias - Recopilación de Respuestas. G/MSF/GEN/932/Rev.1.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. G/MSF/GEN/932

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. *MARCO LEGAL OMC DE LAS NORMAS PRIVADAS. Comunicación de Mercosur* (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). G/SPS/W/246.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2011. G/MSF/W/256.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2015. Informe de los Coordinadores del Grupo de Trabajo por vía electrónica para las Normas Privadas, presentado a la reunión de marzo de 2015 del Comité MSF, relativo a la Medida N° 1 (G/MSF/55). G/MSF/W/283

Organización Mundial de la Salud (OMS) y Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). 2007. Análisis de Riesgos relativos a la ino-

cuidad de los alimentos. Guía para las autoridades nacionales de inocuidad de alimentos. Roma: Estudio número 87, ISSN 1014-2916..

PAREDES, E. ROMAY, L. 2010. *Derecho Internacional Público, Fundamentos, métodos y subjetividad en el Derecho Internacional Público*. SERVIEDUCA, 2ª. Edición: Maracaibo Venezuela. Disponible en <https://luislinares.jimdo.com/.../Unidad+I+derecho+internacional+público+%281%29>. Consultado el 27/08/2017

PEREIRA FREDES, E. y WARNIER READI, I. 2011. *Convergencia y fragmentación en el sistema jurídico internacional. Derecho y Justicia*. N° 1. Disponible en: www.derecho-ucsh.cl/revista. Consultado el 15/08/2017.

PODESTÁ COSTA, L.A y RUDA, J.A. 1985. *Derecho Internacional Público Volumen 1*. Primera Edición. Argentina: Editorial TEA.

Publicación Organización Internacional de Normalización (ISO). 2010. *Normas Internacionales y «normas privadas»*. Disponible en: file:///C:/Users/Win%207%20HP/Downloads/private_standards-ES.pdf. Consultado el 15/08/2017.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2012. *Diccionario de la lengua española*”. 22ª Edición. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=norma>. Consultado el 15/08/2017.

ROBACH, M. 2010. *La Visión del Sector Privado respecto a las Normas Privadas – Algunos enfoques que pueden ayudar a reducir los Conflictos actuales y futuros entre las Normas Públicas y Privadas : 78ª SG/IF*, Paris.

ROCUTS, A. 2012. *Cumbres y Acuerdos globales. Tratados y Convenios*. Cátedra UNESCO de Sostenibilidad. España: Universidad Politécnica de Cataluña. Disponible en: http://portalsostenibilidad.upc.edu/detall_01.php?numapartat=8&id=177. Consultado el 15/08/2017.

RODILES, A. Enero 2009. *La Fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. 9.

SÁEZ, F.F. 2009. *Repercusiones de las normas privadas en el comercio agroalimentario*. Revista del CEI Número 14

SARMIENTO, D. 2006. *La Autoridad del Derecho y la Naturaleza del Soft Law*. Madrid: Cuadernos de Derecho Público.

Sitio Web de la OIE. En: <http://www.oie.int/es/normas-internacionales/implicaciones-de-las-normas-privadas/>. Consultado el 25/08/2017.

Sitio Web de la OMC. En <http://www.wto.org/>. Consultado el 28/08/2017.

SOLARI TUDELA, L. 1994. *Derecho Internacional Público*. Quinta Edición. Studium Ediciones.

SOTO COAGUILA, C.A. 2007. *La libertad de contratación en los contratos preparatorios. Su reciente modificación legislativa*. Disponible en <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-libertad-de-contratacin-en-los.html>. Consultado el 15/08/2017.

TONIOLLO, J. GOTTARDI, M.L. MARICHAL, M.E. SPANO TARDIVO, L. 2011. *Principio precautorio. Posibilidades y límites de su exportabilidad: el caso del Derecho Alimentario*. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 3. Comisión de Daños: principios de prevención y precaución: Tucumán.

UE. Commission of the European Communities, COM. 2000. Communication From the Commission on the Precautionary Principle. Bruselas

VAN DEN BOSSCHE, P. ZDOUC, W. 2013. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press.