

El concepto de “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC: una mirada desde los criterios de interpretación de la OMC

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2014

Fecha de aceptación: 14 de septiembre de 2015

Doi: [dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.09](https://doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.09)

Andrés Felipe Esteban Tovar*

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

* Abogado y magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes. Asesor de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. El presente artículo tiene como base el trabajo de grado presentado a la Universidad de los Andes para optar al título de Magíster en Derecho Internacional (2013); agradezco a Mauricio Andrés Salcedo Maldonado por su impecable dirección en la elaboración de la primera versión de este texto y a Mateo Ferrero Cavalier por sus valiosos comentarios para la elaboración de esta versión posterior. Las opiniones y conclusiones incorporadas en este artículo en nada comprometen a las instituciones en las que trabaja o ha trabajado el autor. Contacto: andresf.esteban@hotmail.com

Para citar este artículo: Esteban Tovar, Andrés Felipe, “El concepto de ‘productos similares’ bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC: una mirada desde los criterios de interpretación de la OMC”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 2016, 9, pp. 309-345. Doi: [dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.09](https://doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.09)

y que hubieran incidido en una interpretación diferente a aquella dada al concepto de “productos similares”.

Palabras clave: Organización Mundial del Comercio, Órgano de Solución de Diferencias, productos similares, Acuerdo OTC, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, Estados Unidos-Atún II, Estados Unidos-EPO.

The concept of “Like Products” under Article 2.1 of the TBT Agreement: a View from the Interpretation Criteria of the WTO

Abstract: This article seeks to evaluate the interpretation carried out by the Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO about the concept of “like products” under article 2.1 of the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) in recent cases (United States-Clove cigarettes, United States-Tuna II and United States-COOL), with the end of suggesting certain interpretative elements in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties which could have influenced a different interpretation of “like products” by the DSB.

Key words: World Trade Organization, Dispute Settlement Body, like products, TBT Agreement, United States-Clove cigarettes, United States-Tuna II, United States-COOL.

O conceito de “produtos similares” sob o artigo 2.1 do Acórdão OTC: um olhar desde os critérios de interpretação da OMC

Resumo: O presente artigo pretende avaliar a interpretação realizada pelo Órgão de Solução de Diferenças (OSD) da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre o conceito de “produtos similares” sob o artigo 2.1 do Acórdão sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio (OTC) nos recentes casos (Estados Unidos-cigarros de cravo-da-Índia, Estados Unidos-Atum II e Estados Unidos-EPO), com o fim de plantear certos elementos de interpretação, de conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que puderam ser utilizados pelo OSD e que tiveram incidido em uma interpretação diferente àquela dada ao conceito de ‘produtos similares’.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio, Órgão de Solução de Diferenças, produtos similares, Acordo OTC, Estados Unidos-Cigarros de cravo-de-Índia, Estados Unidos-Atum II, Estados Unidos-EPO.

Introducción

Desde los inicios de las disputas comerciales a la luz de la OMC, el concepto de “productos similares” ha venido siendo interpretado con el fin de garantizar el cumplimiento de obligaciones fundamentales como el trato nacional y el trato de nación más favorecida.¹

Los órganos adjudicativos del GATT (1947) y de la OMC² han desarrollado diferentes aproximaciones al concepto de productos similares, teniendo como punto de partida los criterios establecidos por el grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera de 1970;³ estas interpretaciones han sido dadas bajo la aplicación del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles.⁴

A pesar de aproximaciones previas al concepto en el marco de los acuerdos de la OMC, puntualmente del artículo III.4 del GATT, recientemente, los órganos adjudicativos de la OMC⁵ se vieron abocados a determinar el alcance del concepto de “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Ante la oportunidad de plantear una nueva interpretación que representara una evolución al concepto de productos similares, el OSD decidió en tres casos (Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor,⁶

¹ Informe del órgano de apelación: CE-Amianto (2001), párr. 93; Japón-Bebidas alcohólicas II (1996), párr. 112.

² Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The law and policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2013, p. 206.

³ Informe del grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, IBDD 18S/106, adoptado por las partes contratantes en 1970, párr. 18.

⁴ En adelante GATT (por su sigla en inglés); Van den Bossche & Zdouc, *The law and policy...*, op. cit., p. 82.

⁵ Choi, Won-Mog, “How more ‘likeness’ in addressing technical regulations?” *Society of International Economic Law*, 2012, p. 3.

⁶ Estados Unidos-Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R (2 de septiembre de 2011), WT/DS406/AB/R (4 de abril de 2012). En adelante Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor.

Estados Unidos-Atún II,⁷ Estados Unidos-EPO)⁸ el alcance del concepto de “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, brindando una interpretación parecida a la aplicada bajo el artículo III.4 del GATT.⁹ En tal sentido, argumentó que el contexto de interpretación pertinente del artículo 2.1 del OTC era el artículo III.4 del GATT, sin profundizar en los criterios interpretativos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

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

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

En relación con el concepto de productos similares, el Órgano de Apelación en *Japón-Bebidas alcohólicas II* manifestó que “[...] no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es ‘similar’. El concepto de ‘similaridad’ es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de ‘similaridad’ se extiende y se contrae en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones de los acuerdos abarcados de la OMC”.¹⁰

En tal sentido, este texto pretende abordar como problemática principal si la interpretación que realizó el Órgano de Solución de Diferencias

⁷ Estados Unidos-Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, WT/DS381/R (15 de septiembre de 2011), WT/DS381/AB/R (16 de mayo de 2012). En adelante Estados Unidos-Atún II.

⁸ Estados Unidos-Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), WT/DS38/R (18 de noviembre de 2011), WT/DS384/AB/R (29 de junio de 2012). En adelante Estados Unidos-EPO.

⁹ Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párr. 112.

¹⁰ Informe del órgano de apelación, *Japón-Bebidas alcohólicas II* (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 23.

del concepto de “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC a la luz de los casos referidos es adecuada de conformidad con los criterios interpretativos de la Convención de Viena.

Con el propósito de abordar dicha problemática, el artículo estará dividido de la siguiente manera: en la sección 1, se analizará el Acuerdo OTC, teniendo en cuenta su origen, naturaleza frente al GATT de 1994 y su objeto y fin. Lo anterior permitirá conocer las intenciones de los Estados miembros de la OMC respecto del alcance e interpretación de dicho acuerdo; en la sección 2, se explorarán las aproximaciones al concepto de “productos similares” en el marco del GATT, teniendo en cuenta que, previo a la interpretación dada en los casos objeto de estudio, no existía pronunciamiento alguno aplicable a “productos similares” del artículo 2.1 del OTC.

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

La sección 3 presentará las dos vertientes argumentativas utilizadas por el OSD al interpretar “productos similares”. Por un lado, la interpretación dada por el grupo especial en el caso de cigarrillos de clavo de olor, la cual toma como base los objetivos legítimos de las medidas regulatorias para analizar la similitud entre los productos; y, por otro lado, la interpretación dada por el Órgano de Apelación en el caso de cigarrillos de clavo de olor y los grupos especiales en el caso de Atún II y EPO, en las que consideraron el artículo III.4 del GATT como contexto pertinente de interpretación, y, en tal sentido, aplicaron el mismo estándar desarrollado para el GATT (1994) al Acuerdo OTC.

Teniendo en cuenta la argumentación dada por el OSD para interpretar “productos similares” en el OTC, posteriormente, en la sección 4, el texto presentará los criterios de interpretación aplicables a los acuerdos abarcados de la OMC, e identificará aquellos elementos de interpretación derivados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que deben ser tenidos en cuenta caso por caso por el órgano adjudicativo de la OMC para la interpretación de productos similares en el marco del Acuerdo OTC. Todo lo anterior permitirá proponer algunas conclusiones respecto de la interpretación de los “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, teniendo como marco de referencia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

1. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)

1.1. Origen del Acuerdo OTC

El Acuerdo OTC tiene sus orígenes en el Acuerdo General de 1947, en el cual se hacía referencia al propósito regulatorio de los Estados en los artículos III.4, XI.2 y XX. Sin embargo, para ese entonces, las discusiones sobre barreras al comercio giraban principalmente en torno al establecimiento de aranceles, situación que llevaba a líderes políticos y sectores industriales a buscar otras medidas no arancelarias para proteger sus industrias.¹¹

Estas medidas incluían la aplicación por parte de los Estados de reglamentaciones técnicas que buscaban promover objetivos legítimos, y, en tal sentido, la implementación de reglamentos técnicos cobró cada vez más preponderancia en el comercio internacional para sus actores, hasta nuestros días.¹²

Se hizo imperiosa la necesidad de establecer un grupo de trabajo que tuviera como propósito evaluar las repercusiones de los *obstáculos no arancelarios* al comercio; y, en consecuencia, surgió un ente de tal naturaleza, que identificó como principales obstáculos no arancelarios aquellos de carácter técnico. De tal manera que, tras varias negociaciones plurilaterales entre 1973 y 1979, la Ronda de Tokio concluyó con el llamado ‘Código de Normas’,¹³ encargado de regular la elaboración, adopción y la aplicación de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de conformidad.¹⁴

Dado que el principal foco de atención en el Código de Normas fueron *las medidas adoptadas por los Estados*, es necesario resaltar que previo a su adopción, entre marzo de 1976 y marzo de 1977, se intentaron incluir dos modificaciones al texto preliminar, que en últimas buscaban que: i) las medidas adoptadas no fueran ‘desproporcionadas’ frente a los objetivos

¹¹ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 22, Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, 2003.

¹² Informe sobre el comercio mundial (2012), *Comercio y políticas públicas: análisis de las medidas no arancelarias en el siglo XXI*, pp. 34-224, en http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report12_s.pdf

¹³ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo, op. cit.

¹⁴ Código de Normas sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (1979), en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/tokyo_tbt_s.pdf

legítimos perseguidos y que ii) las medidas no fueran innecesarias para alcanzar los objetivos legítimos establecidos con el reglamento técnico.¹⁵

A pesar de que ninguna de las modificaciones fue aceptada,¹⁶ este debate se convierte en un punto de referencia sobre la naturaleza y alcance del Código de Normas, predecesor del Acuerdo OTC. Esto es debido a que denota que la discusión entre los Estados sobre obstáculos técnicos al comercio giró en torno a consideraciones sobre los objetivos legítimos de las medidas frente a la autonomía regulatoria de los Estados.

El ‘Código de Normas’ se concibió como un acuerdo interpretativo o de extensión de las obligaciones del GATT de 1947¹⁷ al no ser posible la modificación por los negociadores del artículo XX del mencionado acuerdo, y tuvo como principal objetivo “no prevenir a los Estados adherentes de introducir o aplicar una medida” en particular, sino, en caso de formularla, tener en cuenta los posibles efectos adversos para el comercio internacional.¹⁸

Adicionalmente, tuvo como finalidad que, al momento de introducir o aplicar un reglamento técnico, cada Estado tuviera la carga de justificar los obstáculos que la medida eventualmente iba a generar.¹⁹

El ‘Código de Normas’, base del futuro Acuerdo OTC, fue solamente firmado por 32 Estados y contaba con limitados mecanismos coercitivos, dado que dependía del consenso de los Estados partes.²⁰

Finalmente, el ‘Código de Normas’ adoptado en 1979 fue fortalecido durante la Ronda de Uruguay, y dio nacimiento al actual Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, encargado de, entre otras cosas, regular la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de conformidad.²¹

¹⁵ MTN/GNG/NG8/W/77 Technical regulations and standards as unnecessary obstacles to Trade in the Agreement on Technical Barriers to Trade, Submission by Canada, 8 de mayo de 1990.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Marceau, Gabrielle & Trachtman, Joel, “The technical barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade”, *Journal of World Trade*, 2002, 35, (5), p. 814.

¹⁸ MTN/3E/W/26 Group (3) “Some aspects of the applicability of the draft code on standards to agriculture”, 8 de octubre de 1974.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo, op. cit.

²¹ Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (1995).

El Acuerdo OTC entró en vigor el 1° de enero de 1995 y hace parte integral de los acuerdos abarcados de la OMC.²² A diferencia del Código de Normas, el Acuerdo OTC obliga a todos sus miembros teniendo en cuenta el carácter multilateral de la Ronda de Uruguay²³ y adicionalmente cuenta con instrumentos coercitivos, como los derivados de la aplicación del “Entendimiento relativo a la solución de diferencias” de la OMC.

1.2. El Acuerdo OTC frente al GATT: análisis de la naturaleza de cada acuerdo

El Acuerdo OTC hace parte de los acuerdos abarcados de la OMC, de tal manera que se presenta como un desarrollo del GATT de 1994²⁴ a manera de acuerdo interpretativo sobre los derechos regulatorios a favor de los Estados partes, en línea con las excepciones generales que contiene el artículo XX del Acuerdo General desde 1947.²⁵

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

Dado el carácter especializado del Acuerdo OTC, este contiene un régimen aplicable únicamente a cierta clase de medidas limitadas, tales como reglamentos técnicos, normas o exámenes de conformidad. Al analizar el Acuerdo OTC frente al GATT, el Órgano de Apelaciones encuentra que el primero impone obligaciones que parecieran ser diferentes y adicionales a aquellas impuestas a los miembros bajo el GATT de 1994,²⁶ aunque los acuerdos mencionados se relacionen de manera amistosa y armónica.²⁷

²² Van den Bossche & Zdouc, *The law and policy...*, op. cit., p. 861.

²³ Condon, Bradley, *La interpretación del derecho de la OMC y su efecto en los sistemas jurídicos nacionales*, en http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_interpretacion.pdf, consulta del 28 de septiembre de 2013.

²⁴ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párr. 91.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, informe del órgano de apelación del 12 de marzo de 2001, párr. 80. (En adelante CE-Amianto).

²⁷ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párr. 91.

Así las cosas, el espíritu del Acuerdo OTC difiere de aquel contenido bajo el GATT de 1994, puesto que contiene disposiciones diseñadas para que las medidas impuestas por un Estado sean justificadas mediante la imposición de reglamentos técnicos, normas o exámenes de conformidad, lo que en últimas representa que su examen es sustancialmente diferente al tradicional debate del GATT sobre las cuestiones de discriminación objetiva.²⁸

Desde los trabajos preparatorios previos a la Ronda de Tokio, precursora del ‘Código de Normas’ arriba mencionado, hasta el texto final del Acuerdo OTC adoptado en la Ronda de Uruguay, la intención de los Estados fue concebir el OTC como un instrumento excepcional de interpretación frente a las obligaciones del Acuerdo General que brinda un equilibrio entre la autonomía regulatoria de los Estados y la liberalización del comercio.²⁹

Las anteriores consideraciones evidencian la tensión existente entre el objetivo de reducir las barreras al comercio (proteccionismo), provenientes de reglamentos técnicos que puedan ser discriminatorios, o que se puedan erigir como medidas más restrictivas de lo necesario para cumplir con objetivos legítimos del Estado,³⁰ y el derecho legítimo y suficiente de los Estados partes de la OMC de elaborar y aplicar reglamentos técnicos en virtud de su autonomía regulatoria.³¹

Por su parte, el Acuerdo OTC pretende prevenir desviaciones al objetivo del GATT y de la OMC sobre desarancelización de las barreras comerciales. En este contexto, el Acuerdo OTC no está atado al principio de no discriminación; si bien incluye criterios sobre el particular, busca regular la creación de barreras no arancelarias, para efectos de conservar e impulsar el objetivo de la desarancelización.³² Como ya se dijo, el Acuerdo OTC no pretende cercenar la autonomía regulatoria de los Estados partes para proteger objetivos legítimos, sino lograr un equilibrio entre esta autonomía y la liberalización comercial, con el fin de que permita mantener la discusión sobre esta última con relación a los aranceles consolidados y aplicados por los Estados.

²⁸ Choi, “How more ‘likeness’...”, op. cit., p. 4.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*, p. 369.

³¹ Zleptnig, Stefan, *Non-economic objectives in WTO law/justification provisions of GATT, GATS, SPS, and TBT agreements*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 366.

³² *Ibíd.*, p. 851.

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

1.3. Objeto y fin del Acuerdo OTC

Establecido el origen y naturaleza del Acuerdo OTC, es necesario reconocer su objeto y fin para determinar posteriormente si la interpretación dada por el OSD en los casos mencionados es adecuada a la luz de las *normas usuales de interpretación del derecho internacional público*,³³ especialmente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.³⁴

El objeto y fin del Acuerdo OTC reconocido por el Órgano de Apelación³⁵ es el establecimiento de un equilibrio entre sus objetivos primordiales antes mencionados: por un lado, la liberalización del comercio, como objetivo común a todos los acuerdos de la OMC, y, de otro lado, el derecho a una autonomía regulatoria de los Estados para adoptar regulaciones que promuevan objetivos legítimos.

El anterior establecimiento del objeto y fin del Acuerdo OTC debe partir de consideraciones sobre su origen, teniendo en cuenta las intenciones de las partes contratantes al momento de aprobar el ‘Código de Normas’ de 1979; su naturaleza, al considerarlo como un desarrollo interpretativo propio de una norma de carácter excepcional (artículo XX del GATT de 1994) y su funcionamiento dentro del cuerpo normativo de los acuerdos de la OMC.

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

El preámbulo establece el deseo de “promover la realización de los objetivos del GATT de 1994”, aspiración que ha sido interpretada por el

³³ Ver sección 3 del presente texto.

³⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1155 UNTS 331, 1969.

³⁵ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párr. 174.

Órgano de Apelación como indicativo de que el Acuerdo OTC se presenta como un “desarrollo de las disciplinas del GATT”³⁶ y en tal sentido, como ha sido mencionado previamente, se erige como *lex specialis* dentro de los acuerdos de la OMC.

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

Así mismo, desde el preámbulo desea que los reglamentos técnicos y normas bajo el acuerdo sean aplicados de tal manera que “no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional”. En palabras del Órgano de Apelación, esta consideración está dirigida a limitar el derecho de los Estados partes a reglamentar para evitar tratos discriminatorios.³⁷

De la misma manera, el objetivo de evitar la existencia de “obstáculos innecesarios al comercio internacional” se encuentra reforzado por el sexto considerando, en tanto se reconoce expresamente el derecho de los miembros a reglamentar con el fin de alcanzar objetivos legítimos, entre los que enuncia: i) asegurar la calidad de sus exportaciones; ii) proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales; iii) proteger el medio ambiente; y iv) prevenir prácticas que puedan inducir a error.

El reconocimiento de un derecho regulatorio a favor de los Estados en el Acuerdo OTC, como el mencionado previamente y su naturaleza, hace menester la pregunta sobre la interpretación que se debe dar a este tipo de acuerdos, en busca del verdadero equilibrio pretendido entre liberalización del comercio y la autonomía regulatoria como objeto y fin del acuerdo.³⁸

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

En vista de que, previo a la interpretación del OSD sobre productos similares en el Acuerdo OTC, no existía pronunciamiento alguno sobre el

³⁶ *Ibíd.*, párr. 91.

³⁷ *Ibíd.*, párrs. 92-93.

³⁸ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párrs. 94-96.

concepto de similaridad,³⁹ es menester denotar la existencia de diferentes aproximaciones previas, buscando observar que han existido distintas interpretaciones sobre su entendimiento. Lo anterior demostrará que no necesariamente existe una única alternativa de interpretación de “productos similares” en el marco de la OMC, y será parangón de interpretación respecto de aquella dada por el OSD bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

2. Aproximaciones al concepto de “productos similares” en la OMC

En la historia del GATT y de la OMC, el estándar de trato nacional se ha analizado con arreglo al principio de no discriminación.⁴⁰ De este análisis por parte del OSD ha surgido la metodología para analizar objetivamente la no discriminación a nivel de trato nacional, tanto en temas tributarios como regulatorios.⁴¹ El análisis objetivo sobre discriminación, como su nombre lo indica, está relacionado con la aplicación del principio de no discriminación en el comercio internacional.

La violación por parte de un Estado a las disposiciones referentes a trato nacional en los acuerdos abarcados de la OMC hace necesaria la concurrencia de tres elementos: i) que exista una medida (arancelaria/no arancelaria) impuesta por un Estado; ii) que los productos afectados por dicha medida sean similares a los productos nacionales y a los productos de otros orígenes; y iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares y a productos similares de otros países.⁴²

Así las cosas, la determinación de los productos similares afectados por las medidas impuestas juega un papel fundamental en el objetivo de liberalización comercial por el que propende la OMC, pues solo, cuando los productos son similares, un país está en la obligación de acordar un trato ‘no menos favorable’.

Teniendo en cuenta que, previo a los pronunciamientos del OSD sobre productos similares en el Acuerdo OTC, no existía interpretación

³⁹ Van den Bossche, Peter; Pré Vost, Denise & Matthee, Marielle, *WTO rules on technicals barriers to trade*, Maastricht Faculty of Law working paper, 2005-2006, p. 16.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 350.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 352.

⁴² Van den Bossche & Zdouc, *The law and policy...*, op. cit., p. 352.

alguna aplicable a dicho concepto, se hace necesario visualizar los criterios existentes desarrollados por el profesor Won-Mog Choi⁴³ de conformidad con la doctrina y los pronunciamientos de los órganos adjudicativos de la OMC, con el propósito de establecer i) que no ha existido un único criterio aplicable a la interpretación de productos similares en la OMC; y ii) que el estudio de similitud entre los productos requiere un análisis caso a caso a la luz del contexto, objeto y fin de cada acuerdo que incluya dicha disposición.

Varios acuerdos de la OMC incluyen el criterio de “productos similares”,⁴⁴ situación que denota la importancia de dicho concepto en el derecho internacional económico, puesto que el concepto de “productos similares” restringe el tipo de conductas que pueden ser consideradas ‘proteccionistas’, en la medida en que la obligación no discriminatoria solo surge si los productos son similares.

El grupo especial en el caso Japón-Bebidas alcohólicas estableció la forma en la cual se deberían acercar los grupos especiales al momento de determinar la similitud de los productos respecto de una medida; el concepto acotado para este fin fue denominado como “el acordeón de los productos similares”,⁴⁵ lo que significa que, al existir el concepto de productos similares en diferentes provisiones de los acuerdos de la OMC, es necesario analizar el concepto conforme con lo dispuesto en cada uno de los acuerdos objeto de estudio por parte del Órgano de Solución de Diferencias.

Es necesario tener en cuenta el desarrollo del concepto de “productos similares” y cómo se ha ampliado su ámbito de interpretación con el tiempo; a manera de ejemplo, podemos observar cómo en 1949 el *brandy* y el *coñac* fueron considerados productos diferentes debido a diferencias aromáticas y a sus aditivos.⁴⁶ Mientras que en 1996, en el caso Japón-Bebidas alcohólicas, el *shōchū*, *vodka*, *whisky*, *ron*, *brandy*, *ginebra* y otros licores fueron considerados todos como “similares o directamente competitivos o productos sustituibles” bajo una interpretación objetiva.⁴⁷

⁴³ Choi, “How more ‘likeness’...”, op. cit.

⁴⁴ Ver artículos I, II, III y XVII del GATT; artículos 3° y 4° del Acuerdo ADPIC; artículos 2° y 5° del Acuerdo MSF y artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

⁴⁵ Informe del órgano de apelación, Japón-Bebidas alcohólicas II (1996), p. 21.

⁴⁶ Informe de las partes contratantes, Brazilian Internal Taxes, BISD II/181, 27 de junio de 1949, en http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/49inttax.pdf, consulta del 1° de septiembre de 2013.

⁴⁷ Informe del órgano de apelación, Japón-Bebidas alcohólicas II (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (1996).

Este tipo de escenarios, como el descrito en el caso *Japón-Bebidas alcohólicas*, se debe a la globalización del mercado como resultado de la asimilación de los gustos y hábitos de los consumidores,⁴⁸ lo cual revela el hecho de que la interpretación objetiva con el paso del tiempo ha dado cada vez menos cabida a criterios subjetivos de interpretación.

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

La aproximación objetiva al concepto de productos similares se ha erigido como el criterio más comúnmente utilizado para la interpretación del concepto “productos similares” por parte del OSD de la OMC⁴⁹ y tiene como fundamento la utilización de una lista de factores medibles que indican la similitud entre los productos, a saber: i) usos finales dados a los productos en el mercado; ii) gustos y hábitos de los consumidores; y iii) características físicas de los productos.

El OSD ha orientado las discusiones de similaridad teniendo en cuenta la aproximación objetiva, en el entendido de que aquellos factores de medida mencionados son los que determinan la relación de competencia en el mercado, la cual debe ser probada a la luz del trato menos favorable que otorgue la medida en disputa.⁵⁰

Estos criterios tomados del reporte del grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera⁵¹ han sido desarrollados por la jurisprudencia de la OMC, indicando que esta interpretación es la adecuada para seguir en casos donde se necesitara determinar la similitud de los productos.⁵²

No obstante la utilización de los factores antes mencionados, los grupos especiales han optado por adicionar algunos indicadores, como

⁴⁸ Choi, “How more ‘likeness’...”, op. cit., p. 12.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁰ Informe del órgano de apelación, *Japón-Bebidas alcohólicas II*, p. 21.

⁵¹ Informe del grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, IBDD 18S/106, adoptado por las partes contratantes en 1970, párr. 18.

⁵² Informe del órgano de apelación, *Japón-Bebidas alcohólicas II*, p. 21.

la clasificación arancelaria⁵³ y la visibilidad y aceptación del producto en el mercado.⁵⁴

En algunos casos, el OSD ha utilizado factores diferentes a los ‘objetivos’ arriba descritos para el análisis de “productos similares”. Por lo tanto, encontramos la aproximación para determinar la similitud de los productos basada en los ‘propósitos y efectos de las medidas’. Esta aproximación analiza el ‘propósito’ y el ‘efecto’ de las medidas cuestionadas y no las características objetivas del producto, sin embargo, este criterio ha sido utilizado en pocos casos⁵⁵ y fue inmediatamente revocado por el OSD en decisiones posteriores, como fue el caso de Japón-Bebidas alcohólicas II.⁵⁶

El debate sobre hasta qué punto puede la aproximación de ‘propósitos y efectos’ de una medida que restrinja la importación modificar la interpretación del concepto de “productos similares” ha jugado un rol importante sobre la obligación de trato nacional. Los autores del test de ‘propósitos y efectos’ consideran que, aunque dos productos no sean idénticos, pueden ser considerados como “productos similares” dependiendo la perspectiva desde la cual se realice el análisis.⁵⁷ En consecuencia, varios autores consideran que no es viable un análisis de similitud de productos sin tener en cuenta los propósitos y efectos de la medida cuestionada.⁵⁸

Por otro lado, ha surgido en el comercio internacional una aproximación a la determinación de similitud de los productos basada en los procesos y métodos de producción, la cual se refiere a productos que son físicamente idénticos, tienen usos finales idénticos y su clasificación arancelaria es la misma; situación en la cual los consumidores solo podrían diferenciarlos si son etiquetados de manera diferente acorde a sus procesos y métodos de producción.⁵⁹

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Informe del órgano de apelación, Canadá-Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, WT/DS31/AB/R, p. 21.

⁵⁵ Informe del grupo especial, Estados Unidos-Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta, BISD 39S/206, párr. 5.25.

⁵⁶ Informe del órgano de apelación, Japón-Bebidas alcohólicas II, párr. 18.

⁵⁷ Rossler, Frieder, *Diverging domestic policies and Multilateral Trade Integration*, MIT Press Cambridge, 1996, pp. 21-56.

⁵⁸ Hudec, Robert, *‘Like product’: the differences in meaning in GATT articles I and III*, University of Michigan Press, 2000.

⁵⁹ Choi, “How more ‘likeness’...”, *op. cit.*, p. 7.

Recientemente, algunos doctrinantes han sugerido una aproximación para la determinación de productos similares de conformidad con una propuesta de criterios de comparación alternativos;⁶⁰ esta aproximación busca que los Estados sugieran criterios alternativos de comparación que permitan determinar la similitud de los productos, por ejemplo, criterios de eficiencia ecológica del producto. Sin embargo, el OSD se vería abocado a determinar la legitimidad de dichos criterios y después debería determinar si la creación de ese criterio de comparación alternativo otorga un trato menos favorable a los productos importados respecto de aquellos productos nacionales o provenientes de un tercer país,⁶¹ situación que a primera vista erige esta aproximación como inviable debido al criterio subjetivo establecido por parte de cada Estado.

Finalmente, así el criterio mayoritariamente utilizado por el OSD sea aquel derivado de la aproximación ‘objetiva’, varios grupos especiales han tenido en cuenta un criterio adicional basado en el mercado, en el cual se analiza cuándo dos productos comparados comparten los mismos usos finales en el mercado y que estos usos vayan acorde con un análisis más subjetivo acerca de las preferencias o hábitos de los consumidores.⁶² Por ejemplo, en Corea-Bebidas alcohólicas, el grupo especial utilizó criterios basados en el mercado, como la elasticidad de los precios cruzados, concepto traído a colación por el derecho de la competencia.

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

Encontramos que, en el desarrollo del concepto de productos similares, su interpretación ha sido dada de diferentes maneras, determinadas por el espacio temporal y contexto del acuerdo. Así las cosas, podemos concluir que, si bien el concepto de productos similares ha tenido una

⁶⁰ Stoll, Tobias & Schorkopf, Frank, *WTO: world economic order, World Trade Law*, Nijhoff Leiden, 2006, p. 17.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Choi, “How more ‘likeness’...”, *op. cit.*, p. 8.

interpretación mayoritariamente objetiva, esto no ha sido impedimento para plantear otras posibilidades interpretativas aplicables.

Por último, teniendo en cuenta aquellos elementos derivados del origen, naturaleza y objeto y fin del Acuerdo OTC, así como las aproximaciones dadas por la doctrina y el OSD al concepto de productos similares en el marco de la OMC, es posible ahora analizar la interpretación brindada por el OSD a los “productos similares” bajo el artículo 2.1 del OTC, para establecer si es adecuada una interpretación tomando como contexto pertinente el artículo III.4 del GATT, o si, por el contrario, teniendo en cuenta el ‘acordeón de similaridad’, debe ser aplicado un criterio diferente para los productos similares bajo el Acuerdo OTC, tomando como referencia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3. Interpretación del Órgano de Solución de Diferencias al concepto de “productos similares” bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC: ¿es el artículo III.4 del GATT contexto pertinente para su interpretación?

Tanto el artículo 2.1 del Acuerdo OTC como el artículo III.4 del GATT brindan las herramientas necesarias para prevenir medidas discriminatorias en cada uno de los acuerdos respecto del trato nacional.

Las dos disposiciones cuentan con la misma estructura normativa, a saber: i) la existencia de una medida impuesta por un Estado; ii) que los productos afectados por dicha medida sean similares a los productos nacionales y a los productos de otros orígenes; y iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares y a productos similares de otros países.

No obstante lo anterior, el artículo 2.1 del OTC incluye una referencia expresa a su naturaleza de *lex specialis*, en el entendido de que reconoce la aplicación de la norma respecto de reglamentos técnicos de la siguiente manera: “*Artículo 2.1.* Los miembros se asegurarán de que, con respecto a los *reglamentos técnicos*, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los miembros un *trato no menos favorable* que el otorgado a *productos similares* de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país”.

Por su parte, el artículo III.4 del GATT brinda una amplia posibilidad de aplicación debido a su ubicación bajo la *lex generalis*, como lo es el GATT de 1994. “*Artículo III.4.* Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante

no deberán recibir un *trato menos favorable* que el concedido a los *productos similares* de origen nacional, en lo concerniente a *cualquier ley, reglamento o prescripción* que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior”.

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

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

Existen recientemente por parte del OSD dos vertientes interpretativas respecto del concepto de productos similares en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, a pesar de que solo la última sea actualmente vinculante. De un lado, aquella desarrollada por el grupo especial de Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, el cual consideró que las interpretaciones desarrolladas en el contexto del artículo III.4 del GATT de 1994 no pueden simplemente transponerse al artículo 2.1 del Acuerdo OTC.⁶³ Y, por otro lado, la interpretación del órgano de apelación del caso de cigarrillos de clavo de olor, que revocó el entendimiento del grupo especial y estableció como contexto interpretativo pertinente del artículo 2.1 del Acuerdo OTC aquel derivado del artículo III.4 del GATT. Así mismo, los grupos especiales en Estados Unidos-Atún II y Estados Unidos-EPO consideraron este criterio interpretativo (con argumentos diferentes) como el aplicable al entendimiento de productos similares.

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

⁶³ Informe del grupo especial, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párrs. 7.95-7.96.

3.1. Interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC a luz del objetivo legítimo

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

Los Estados Unidos promulgaron la Ley de Control del Tabaco y Prevención del Tabaquismo en la Familia, mediante la cual se estableció la prohibición a la venta de tabaco o cigarrillos con aditivos de hierbas o especias, salvo aquellos que contenían mentol y tabaco.⁶⁴ La reglamentación tuvo como fundamento proteger la salud pública y reducir el número de personas menores de 18 años de edad que consumían productos de tabaco.⁶⁵ En razón a lo anterior, Indonesia solicitó al grupo especial que constatará si el artículo 907(a)(1)(A) era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2º del Acuerdo OTC.⁶⁶

El grupo especial consideró que las interpretaciones desarrolladas en el contexto del artículo III.4 del GATT de 1994 no pueden simplemente transponerse al artículo 2.1 del Acuerdo OTC.⁶⁷ Si bien el artículo 2.1 del Acuerdo OTC está inspirado en el artículo III.4 del GATT de 1994 al imponer la obligación de otorgar a los productos importados “un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional”. También es cierto que el artículo 2.1 del Acuerdo OTC es aplicable solo a reglamentos técnicos, mientras que el artículo III.4 del GATT es aplicable a un grupo de medidas más amplio, que comprendería los reglamentos técnicos.⁶⁸

De igual manera, estableció que la interpretación sobre “productos similares” basada en la relación de competencia de acuerdo con el artículo III.4 del GATT fue desarrollada por el órgano de apelación en CE-Amianto⁶⁹

⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 2.4.

⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 2.6.

⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 3.1.

⁶⁷ *Ibíd.*, párrs. 7.95-7.96.

⁶⁸ *Ibíd.*, párrs. 7.95-7.96.

⁶⁹ Informe del órgano de apelación, CE-Amianto, WT/DS135/AB/R, párr. 80.

sobre el principio general establecido en el artículo III.1 del GATT, el cual no tiene equivalente en el Acuerdo OTC.⁷⁰ Por lo tanto, el contexto permite distintas interpretaciones de la expresión “productos similares” en el artículo III.4 del GATT de 1994 y en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.⁷¹

El hecho de que el reglamento técnico regule características de un producto, como aromas particulares para determinados tipos de productos (cigarrillos), debería tener importancia al momento de establecer si los productos en disputa son similares, puesto que, para que un cigarrillo se encuentre regulado por el reglamento técnico, este debe tener un aditivo que produzca un sabor, gusto o aroma distintivo.⁷² Los aditivos que contengan los cigarrillos deben afectar a la determinación de la similitud más que los criterios relacionados con la competencia u otros criterios, por ser la característica exacta que determina si un cigarrillo está o no comprendido en el ámbito de aplicación del reglamento técnico.⁷³

El grupo especial resaltó el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC, en el entendido que reconoce “que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias [...] para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados [...]”.

Según el grupo especial, el citado considerando del preámbulo justifica una interpretación de “productos similares” en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC distinta de la desarrollada bajo el artículo III.4 del GATT de 1994, dada la naturaleza de las medidas contempladas en el Acuerdo OTC.⁷⁴

En consecuencia, de acuerdo con el grupo especial, debe tenerse en cuenta la importancia del objetivo de salud pública del reglamento técnico y la manera en que determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de esos productos deben evaluarse a la luz de ese objetivo. En este caso, el

⁷⁰ Informe del grupo especial, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párr. 7.99.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 7.105.

⁷² *Ibid.*, párrs. 7.109-7.110.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, párrs. 7.113-7.114.

objetivo legítimo de salud pública de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes debería permear el análisis de productos similares.⁷⁵

Por todo lo anterior, el grupo especial consideró que la interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, en las circunstancias del caso, no debía abordarse principalmente desde la perspectiva de la competencia, sino a la luz del objetivo legítimo de salud pública.⁷⁶

Cabe destacar, igualmente, que el grupo especial decidió examinar los cuatro criterios objetivos del análisis tradicional de productos similares para determinar si estos productos (los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados) eran similares en los términos del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, a saber: 1) propiedades físicas, 2) usos finales, 3) hábitos y preferencias de los consumidores, y 4) clasificación arancelaria.⁷⁷

De acuerdo con el grupo especial, al ponderar los criterios mencionados, los cuales fueron constatados en su totalidad para los productos en cuestión, se tuvieron muy en cuenta la pertinencia de las características que son significativas respecto del objetivo de salud pública de la medida regulatoria, esto es, la reducción del tabaquismo entre los jóvenes.⁷⁸

En conclusión del grupo especial, puede considerarse que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son “similares” en algunos contextos, pero no en otros, dependiendo del objetivo de la medida objeto de litigio. Y en el caso concreto, estimó que la medida cuestionada regula los cigarrillos sobre la base de una característica común a los dos tipos de cigarrillos mencionados, como es “contener, como elemento constitutivo [...] o aditivo un aroma artificial o natural [...] o una hierba o especia [...] que es un aroma característico”.⁷⁹

3.2. Artículo III.4 del GATT como contexto pertinente de interpretación

El OSD estableció en CE-Amianto la existencia de un contexto pertinente de interpretación para la determinación de productos similares bajo el artículo III.4 del GATT, el cual se basa en la utilización de “los significados

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 7.116.

⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 7.119.

⁷⁷ *Ibíd.*, párrs. 7.147-7.148.

⁷⁸ *Ibíd.*, párrs. 7.240-7.244.

⁷⁹ *Ibíd.*, párrs. 7.246-7.247.

atribuidos a la expresión ‘productos similares’ en otras disposiciones del GATT de 1994 o de otros acuerdos abarcados”.⁸⁰

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

Aunque los grupos especiales reconocieron que los “productos similares” no podían ser interpretados de la misma manera en los artículos III.4 del GATT y en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, debido a las diferencias contextuales que presentaban,⁸¹ consideraron que la interpretación dada a productos similares por el órgano de apelación en CE-Amianto era pertinente para interpretar dicho concepto en el Acuerdo OTC,⁸² y, por lo tanto, definieron los productos similares como “una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos”.⁸³

La relación de competencia desarrollada por el OSD en CE-Amianto fue ampliamente apoyada por el órgano de apelación de cigarrillos de clavo de olor al controvertir los argumentos desarrollados por el grupo especial en el mismo caso, al expresar: “No estamos convencidos de que de los elementos del contexto y del objeto y fin del Acuerdo OTC se desprenda que no es posible abordar la interpretación del concepto de ‘productos similares’ del párrafo 1 del artículo 2º del Acuerdo OTC desde una perspectiva orientada a la competencia”.⁸⁴ Lo anterior se explica en la referencia expresa al contexto pertinente de interpretación que brinda el artículo III.4 del GATT, que, como establecimos, realiza el análisis de similitud teniendo en cuenta la relación de competencia de dos o más productos.⁸⁵

Según el órgano de apelación, los grupos especiales, al interpretar el concepto de productos similares del artículo 2.1 del OTC, debían identificar la relación de competencia entre los productos para determinar su simi-

⁸⁰ Informe del órgano de apelación, CE-Amianto, párr. 89.

⁸¹ Informe del grupo especial, Estados Unidos-Atún II, párr. 7.223.

⁸² Informe del grupo especial, Estados Unidos-EPO, párr. 7.230.

⁸³ Informe del grupo especial, Estados Unidos-Atún II, párr. 7.223.

⁸⁴ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párr. 108.

⁸⁵ Informe del órgano de apelación, CE-Amianto, párr. 99.

litud, tomando como concepto base que informa la similitud el de “trato no menos favorable”, puesto que, conforme con el órgano de apelación, solo en el mercado se puede establecer cuál es el trato que da la medida a los productos importados y nacionales similares.⁸⁶

Por lo tanto, el órgano de apelación estableció un análisis de similitud a la luz de una relación de competencia objetiva, independiente de la medida en litigio que se discuta bajo el Acuerdo OTC.⁸⁷ Esta situación es a todas luces un desconocimiento del objeto y fin del Acuerdo OTC, el cual desde sus orígenes indica que deben primar las consideraciones atinentes a las medidas regulatorias impuestas en desarrollo del derecho legítimo de los Estados.

Visto lo anterior, aparentemente las decisiones del OSD (Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, Estados Unidos-Atún II, Estados Unidos-EPO) en este sentido se alejaron del objeto y fin del Acuerdo OTC desarrollado en su preámbulo, puesto que desconocieron criterios de interpretación aplicables, y simplemente resaltaron la promoción de los objetivos del GATT de 1994⁸⁸ en detrimento de las intenciones y entendimiento de los Estados partes de la OMC sobre el Acuerdo OTC.

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

Adicionalmente, el OSD se apartó de los criterios de interpretación desarrollados por la Convención de Viena, en el entendido que dejó prevalecer argumentos tales como la similaridad de las palabras de las disposiciones o de las obligaciones, y, en tal sentido, el grupo especial del caso EPO afirmó que tanto el artículo 2.1 del OTC como el III.4 del GATT imponían una “obligación de trato nacional” y utilizaban términos similares.⁸⁹

⁸⁶ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párr. 111.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Informe del grupo especial, Estados Unidos-Atún II, párr. 7.233.

⁸⁹ Informe del grupo especial, Estados Unidos-EPO, párr. 7.230.

En conclusión, el OSD optó por un análisis de “productos similares” bajo la aproximación objetiva basada en la relación de competencia de los productos de acuerdo con el contexto pertinente de interpretación (artículo III.4 del GATT), y, en tal sentido, utilizó los cuatro criterios objetivos tradicionales,⁹⁰ a saber: 1) propiedades físicas, 2) usos finales, 3) hábitos y preferencias de los consumidores, y 4) clasificación arancelaria,⁹¹ cerrando así las puertas a una interpretación diferente a aquella brindada bajo el artículo III.4 del GATT para el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

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

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

4. Elementos de una eventual interpretación del concepto de “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

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

Para tal efecto, es necesario remitirse al artículo 3.2 del “Entendimiento relativo a la solución de diferencias (ESD)” de la OMC, el cual establece como criterios de interpretación las “normas usuales de interpretación del derecho internacional público”; estas han sido referidas por el OSD como aquellas derivadas del artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁹²

⁹⁰ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párrs. 118-119.

⁹¹ Informe del grupo especial, Estados Unidos-Atún II, párr. 7.235.

⁹² Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Gasolina, p. 19.

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

4.1. Artículo 3.2 del “Entendimiento sobre solución de diferencias” de la OMC

El OSD tiene como finalidad resolver las disputas comerciales entre los Estados miembros, tomando como derecho aplicable las normas existentes en los acuerdos abarcados en el marco de la OMC.⁹³ Por lo tanto, sus decisiones se ciñen a esta normatividad y sus actuaciones se encuentran reguladas por el “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)”.

El ESD establece en su artículo 3.2 sobre disposiciones generales que los grupos especiales y el órgano de apelación deben “aclara las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”.

De tal manera, el OSD se ha visto en la tarea de reconocer cuáles son aquellas normas de interpretación a las que refiere el artículo 3.2 del ESD, encontrándolas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁹⁴ y, de igual forma, las ha reconocido como normas de derecho consuetudinario, en consecuencia, aplicables a la solución de disputas en la OMC de todos los miembros así no sean parte de dicha Convención.⁹⁵

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

⁹³ Van den Bossche & Zdouc, *The law and policy...*, op. cit., p. 160.

⁹⁴ Van Damme, Isabelle, “Treaty interpretation by the WTO appellate body”, *The European Journal of International Law*, 2010, 21, (3), p. 608.

⁹⁵ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Gasolina, p. 19; informe del órgano de apelación, India-Patentes, párr. 46.

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

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

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

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

Estos criterios, que hacen parte de la regla general de interpretación, deben tomarse como parte de una sola norma, la cual debe aplicarse en conjunto para determinar el alcance de las disposiciones de un acuerdo, y solo si, una vez realizado este ejercicio interpretativo, el resultado es ambiguo o absurdo podría entonces acudir a los medios de interpretación complementarios, que incluyen el artículo 32 de la Convención.⁹⁶

En el presente caso, como observaremos a continuación, consideramos que el resultado proveniente del ejercicio interpretativo de la regla

⁹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1155 UNTS 331, 1969, artículo 32.

general de interpretación (artículo 31) de la Convención de Viena hace innecesaria la aplicación de los medios complementarios (artículo 32), dado que el alcance y entendimiento logrado sobre los “productos similares” del artículo 2.1 del OTC, una vez aplicada la regla general, es claro y razonable para el derecho internacional.

4.2.1. Regla general de interpretación (artículo 31)

De acuerdo con la Convención de Viena, “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.⁹⁷ De lo anterior se sigue que, al momento de realizar un ejercicio interpretativo sobre un tratado en derecho internacional, se deben tener en cuenta tres escenarios armónicos⁹⁸ entre sí para la interpretación: i) el sentido corriente de las palabras, ii) el contexto del tratado y iii) el objeto y fin del tratado.

Previo a la interpretación de productos similares en concreto, es menester traer de nuevo a colación lo establecido por el órgano de apelación en el caso *Japón-Bebidas alcohólicas* respecto de la interpretación del concepto “productos similares”:

[...] no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es ‘similar’. El concepto de ‘similaridad’ es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de ‘similaridad’ se extiende y se contrae en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones del Acuerdo sobre la OMC. La anchura del acordeón en cualquiera de esos lugares debe determinarse mediante la disposición concreta en la que se encuentra el término ‘similar’, así como por el contexto y las circunstancias existentes en cualquier caso dado al que sea aplicable la disposición.⁹⁹

⁹⁷ *Ibíd.*, artículo 31.

⁹⁸ Según la CIJ en su opinión consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas, *ICJ Reports*, 1950, p. 8. “El sentido corriente de los términos no debe determinarse en abstracto, sino en el contexto del tratado teniendo en cuenta su objeto y fin”.

⁹⁹ Informe del órgano de apelación, *Japón-Bebidas alcohólicas II*, p. 23.

Teniendo en cuenta que las interpretaciones respecto de productos similares no pueden ser idénticas, como lo ha reconocido el OSD,¹⁰⁰ y que para el momento de las controversias acá estudiadas no existía una interpretación sobre “productos similares” del Acuerdo OTC,¹⁰¹ este concepto requiere una interpretación acorde con los criterios mencionados en el artículo 31 de la Convención de Viena.

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

a) Sentido corriente de las palabras “productos similares”

El texto de los tratados aparece como el criterio más objetivo de interpretación, al ser en sí mismo una expresión auténtica de la voluntad de las partes.¹⁰² Al aplicar este criterio al caso concreto, encontramos que un diccionario inglés indica del término similar (*like*) lo siguiente: “*Having the same characteristics or qualities as some other [...] thing; of approximately identical shape, size, etc., with something else; similar*”¹⁰³ (“Que tiene las mismas características o cualidades que alguna otra [...] cosa; de forma, tamaño, etc., aproximadamente igual a los de alguna otra cosa; similar”).

Así las cosas, el sentido corriente de productos similares parece ser dado sobre un producto que comparte características idénticas o parecidas. Sin embargo, este sentido corriente, como ha sido reconocido por el OSD, deja abiertas varias cuestiones de interpretación,¹⁰⁴ entre las que se encuentran: i) cuáles son aquellas características que lo hacen similar; ii) cómo se determina el grado o la medida en que los productos deben tener características comunes para ser “productos similares”; y iii) quiénes son

¹⁰⁰ Informe del órgano de apelación, CE-Amianto, párr. 89.

¹⁰¹ Van den Bossche, Pré Vost & Matthee, *WTO rules on technical...*, op. cit., p. 16.

¹⁰² Shaw, Malcolm, *International law*, Cambridge University Press, 2008, p. 932.

¹⁰³ Brown, Lesley (coord.), *The new shorter Oxford English dictionary*, Clarendon Press, 1993, vol. I, p. 1588. Es utilizado el diccionario mencionado en el caso CE-Amianto, párr. 90, dado que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española brinda una definición insuficiente para los propósitos del presente texto.

¹⁰⁴ Informe del órgano de apelación, Canadá-Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párr. 153.

aquellos indicados para juzgar la similitud de los productos, si los consumidores, los inventores u otros.¹⁰⁵

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

b) Contexto del Acuerdo OTC

A pesar del reconocimiento por parte del OSD del contexto diferente que tiene el Acuerdo OTC al momento de interpretar los “productos similares”, tanto los grupos especiales como el órgano de apelación se decantaron por la aplicación del test objetivo propio del GATT para determinar la similitud entre los productos.

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

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

Desde el Acuerdo General de 1947, las discusiones relativas al comercio internacional han girado en torno al principio de desarancelización del comercio,¹⁰⁶ puesto que desde un principio las disputas comerciales han girado en torno a la eliminación de barreras arancelarias en pro de la liberalización del comercio y no sobre la implementación de obstáculos técnicos, reconocidos como barreras no arancelarias.¹⁰⁷

Lo anterior se sustenta en la conformación de un grupo de trabajo para que estudiara solo los obstáculos técnicos, y, en tal sentido, surgió el “Código de Normas” de la Ronda de Tokio, reseñado en el texto.¹⁰⁸ Este código, precursor del Acuerdo OTC, tuvo como eje central de discusión

¹⁰⁵ Informe del órgano de apelación, CE-Amianto, párr. 92.

¹⁰⁶ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo, op. cit.

¹⁰⁷ Informe sobre el comercio mundial, op. cit., p. 34.

¹⁰⁸ Conferencia sobre Comercio y Desarrollo, op. cit.

la justificación de los objetivos legítimos alegados por los Estados para la imposición de medidas regulatorias.

En consecuencia, el OSD en los tres casos reseñados erra en su interpretación, al establecer que “un análisis de similitud a la luz de una relación de competencia es independiente de la medida en litigio que se discuta bajo el Acuerdo OTC”,¹⁰⁹ puesto que la supuesta independencia entre la relación de competencia alegada y la medida en litigio es contraria al contexto del Acuerdo OTC.

En vista que la intención de las partes del acuerdo desde sus inicios (1947) ha sido la de atribuirle un significado especial a las medidas regulatorias tomadas por los Estados, y, en tal sentido, comprobar su legitimidad científicamente.¹¹⁰ Intención que no permitiría la independencia de un análisis de similitud entre los productos, por un lado, y aquel que verse sobre los objetivos legítimos de las medidas cuestionadas, por el otro.

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

Como se estableció previamente, el Acuerdo OTC es un desarrollo interpretativo de la norma excepcional del GATT (artículo XX),¹¹¹ en tal sentido, y debido a su especialidad dentro de los acuerdos abarcados por la OMC, se constituye como una excepción a la norma general (GATT).

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

De tal manera, la interpretación de productos similares en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC debe (como se hizo por parte del grupo especial de cigarrillos de clavo de olor) reconocer el contexto del acuerdo, para, así mismo, interpretar sus disposiciones, teniendo en cuenta que el énfasis

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Choi, “How more ‘likeness’...”, *op. cit.*, p. 4.

¹¹¹ Informe del órgano de apelación, Estados Unidos-Cigarrillos de clavo de olor, párr. 91.

derivado de la intención de las partes son las justificaciones científicas de los objetivos legítimos que validan las medidas, así como su carácter excepcional y espíritu diferenciado respecto del Acuerdo General.

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

c) Objeto y fin del Acuerdo OTC

Los argumentos esgrimidos por el OSD respecto de la apropiada interpretación de los productos similares del artículo 2.1 del OTC tomaron como medida uno de los objetivos explícitos en el preámbulo del acuerdo, como lo es la *promoción de los objetivos del GATT de 1994*.¹¹² Sin embargo, esta interpretación sesgada desconoce el criterio teleológico que pretende la Convención de Viena bajo el criterio interpretativo del objeto y fin del tratado.

En efecto, el OSD ha reconocido el objeto y fin del Acuerdo OTC¹¹³ como el establecimiento de un equilibrio entre, por un lado, la liberalización del comercio, como objetivo común a todos los acuerdos de la OMC, y, por otro lado, el derecho a una autonomía regulatoria de los Estados para adoptar reglamentaciones que promuevan objetivos legítimos.

En tal sentido, si bien se reconoce la promoción de los objetivos del GATT como objetivo propio del Acuerdo OTC y de todos los acuerdos abarcados de la OMC, este reconocimiento no hace estrictamente necesario pensar que la interpretación bajo todos los acuerdos abarcados deba ser la misma. Lo anterior tomando en cuenta la sexta consideración del preámbulo del Acuerdo OTC, la cual establece: “*Reconociendo que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados [...]*”.¹¹⁴

Esta consideración, dentro del preámbulo del Acuerdo OTC, brinda perfectamente el equilibrio entre la liberalización del comercio y la

¹¹² *Ibíd.*, párr. 108.

¹¹³ *Ibíd.*, párr. 174.

¹¹⁴ Cursivas fuera del texto.

autonomía regulatoria de los Estados; en tal sentido, reitera posturas afirmadas por el presente texto, en el entendido de que el Acuerdo OTC no pretende cercenar el derecho regulatorio de los Estados, por el contrario, espera que en la aplicación de dichas regulaciones los Estados tengan en cuenta los efectos científicamente demostrables para justificar sus objetivos legítimos.¹¹⁵

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

4.2.2. Medios de interpretación complementarios (artículo 32)

Los medios de interpretación complementarios son aquellos a los que se podrá acudir “[...] para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.¹¹⁶

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

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

¹¹⁵ *Ibíd.*, párrs. 92-93.

¹¹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 32.

Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

El hecho de que el Acuerdo OTC tenga por origen las disposiciones establecidas en el ‘Código de Normas’ de 1979, y que desde ese entonces la discusión girara en torno al objetivo legítimo de los obstáculos adoptados por los Estados, así como la naturaleza de acuerdo interpretativo o de extensión de las obligaciones derivadas del artículo XX del GATT,¹¹⁷ hacen necesaria una interpretación diferente a la utilizada comúnmente bajo el GATT de 1994.

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

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

Es menester que los órganos adjudicativos de la OMC, tomando en cuenta las consideraciones expuestas en el presente texto, conciban el concepto de “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC como un sustituto independiente y no como un complemento del artículo III.4 del GATT, con el fin de favorecer el ejercicio interpretativo de los acuerdos abarcados de la OMC.¹¹⁸ Situación que a todas luces se dará con el ingreso de nuevas disputas al sistema de solución de diferencias y cavilaciones jurídicas frente a cada caso que realicen los miembros de los grupos especiales y órganos de apelación destinados para tal fin.

En vista de lo expuesto, la interpretación brindada por el OSD para el concepto de “productos similares” del artículo 2.1 del Acuerdo OTC eventualmente puede no ser la más adecuada de conformidad con los criterios de interpretación de la OMC, y debería, más adelante, tomar como punto de partida para la interpretación del concepto de productos similares, o cualquier otro término de los acuerdos abarcados de la OMC,

¹¹⁷ Marceau & Trachtman, “The technical barriers...”, op. cit., p. 814.

¹¹⁸ Petros C., Mavroidis, “Driftin’ too far from shore - Why the TBT Agreement developed by the WTO appellate body is wrong, and what should the AB have done instead”, *World Trade Review*, 2013, 12, pp. 509-531.

los criterios interpretativos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con el propósito de brindar interpretaciones acorde a la voluntad de los Estados partes de la OMC.

Referencias bibliográficas

Casos

- Informe del grupo especial a las partes contratantes, Brasil-Impuesto internos, BISD II/181, 27 de junio de 1949.
- Informe del grupo especial a las partes contratantes, Estados Unidos-Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta, BISD 39S/206, 16 de marzo de 1992.
- Informe del grupo especial, Estados Unidos-Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), WT/DS38/R, 2011.
- Informe del grupo especial, Estados Unidos-Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R, 2011.
- Informe del grupo especial, Estados Unidos-Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, WT/DS381/R, 2011.
- Informe del Órgano de Apelación, Canadá-Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles, WT/DS70/AB/R, 1999.
- Informe del Órgano de Apelación, India-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, WT/DS/50/AB/R, 1997.
- Informe del Órgano de Apelación, Canadá-Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, WT/DS31/AB/R, 1997.
- Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135, 2001.
- Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), WT/DS384/AB/R, 2012.
- Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/AB/R, 2012.

Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, WT/DS381/AB/R, 2012.

Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional, WT/DS2/AB/R, 1996.

Informe del Órgano de Apelación, Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 1996.

Libros

Shaw, Malcolm, *International law*, Cambridge University Press, 2008.

Stoll, Tobias & Schorkopf, Frank, *WTO: world economic order*, World Trade Law, Nijhoff Leiden, 2006.

Van den Bossche, Peter & Zdouc, Werner, *The law and policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2013.

Van den Bossche, Peter; Pré Vost, Denise & Matthee, Marielle, *WTO rules on technicals barriers to trade*, Maastricht Faculty of Law working paper, 2005-2006.

Otras autoridades

Brown, Lesley (coord.), *The new shorter Oxford English dictionary*, Clarendon Press, 1993.

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

Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas, ICJ Reports, 1950.

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

Informe del grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, IBDD 18S/106, adoptado por las partes contratantes en 1970.

Informe sobre el comercio mundial, comercio y políticas públicas: análisis de las medidas no arancelarias en el siglo XXI, 2012.

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

Artículos

- Choi, Won-Mog, “How more ‘likeness’ in addressing technical regulations?”, *Society of International Economic Law*, 2012.
- Condon, Bradly, “La interpretación del derecho de la OMC y su efecto en los sistemas jurídicos nacionales”, en http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_interpretacion.pdf
- Hudec, Robert, “Like product’: the differences in meaning in GATT articles I and III”, University of Michigan Press, 2000.
- Marceau, Gabrielle & Trachtman, Joel, “The technical barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade”, *Journal of World Trade*, 2002.
- Petros C., Mavroidis, “Driftin’ too far from shore - Why the TBT Agreement developed by the WTO appellate body is wrong, and what should the AB have done instead”, *World Trade Review*, 2013.
- Rossler, Frieder, “Diverging domestic policies and Multilateral Trade Integration”, MIT Press Cambridge, 1996.
- Van Damme, Isabelle, “Treaty interpretation by the WTO appellate body”, *The European Journal of International Law*, 2010.
- Zleptnig, Stefan, “Non-economic objectives in WTO law/justification provisions of GATT, GATS, SPS, and TBT agreements”, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

Tratados

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 1994.
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 1995.
- Código de Normas sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 1979.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

