

**ACUERDO GENERAL SOBRE
ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO**

**RESTRICTED
TRE/W/16/Rev.1
14 de octubre de 1993
Distribución especial**

(93-1701)

**Grupo de las Medidas Ambientales
y el Comercio Internacional**

**TEMA 1 DEL PROGRAMA: DISPOSICIONES COMERCIALES CONTENIDAS
EN LOS ACUERDOS MULTILATERALES VIGENTES SOBRE EL
MEDIO AMBIENTE CON RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS
Y DISPOSICIONES DEL GATT**

Nota de la Secretaría

Revisión

1. La presente nota responde a la petición del Grupo, hecha en la reunión de los días 5 a 7 de julio de 1993, de que se elaborase una nota en que se explicase el origen de los términos "la medida menos restrictiva del comercio" y "la proporcionalidad", en el contexto del Acuerdo General y de los instrumentos con él relacionados, así como de las decisiones de los grupos especiales. La nota es de carácter fáctico y tiene por objeto presentar una perspectiva histórica de los citados términos.

2. Los términos "la medida menos restrictiva del comercio" y "la proporcionalidad" no figuran en el cuerpo principal del Acuerdo General. La Declaración sobre las Medidas Comerciales Adoptadas por Motivos de Balanza de Pagos, adoptada el 28 de noviembre de 1979, contiene una referencia al término "la medida que perturbe menos el comercio" (IBDD 26S/225, párrafo 1 a)) que dice: "Al aplicar medidas restrictivas de la importación, las partes contratantes observarán las disciplinas previstas en el Acuerdo General y darán preferencia a la medida que perturbe menos el comercio." Con esta formulación se trataba de fomentar la utilización de medidas basadas en los precios más bien que el recurso a restricciones cuantitativas.

Decisiones de los Grupos Especiales

3. El término "la medida menos restrictiva del comercio" apareció por primera vez en un argumento de la Comunidad Económica Europea que se recoge en el informe del Grupo Especial titulado: sobre Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, y que fue adoptado el 7 de noviembre de 1989 (IBDD 36S/402). El término se utilizó en relación con el apartado d) del artículo XX en el contexto de una interpretación de la palabra "necesarias" en la frase "necesarias para lograr la observancia". En las deliberaciones sobre esa frase, la CEE estimaba que "cualquier diferencia existente entre ... dos mecanismos tendentes a la observancia, derivada de la necesidad de adaptar las medidas nacionales para aplicarlas a las importaciones [que requiriese por tanto el recurso a la excepción prevista en el apartado d) del artículo XX] debía limitarse a aquella que menos discriminara contra los artículos importados" (párrafo 3.60). Los Estados Unidos consideraban que el requisito no imponía "la obligación de recurrir a la medida menos restrictiva del comercio que se pudiera contemplar" (párrafo 3.59).

4. En sus constataciones, el Grupo Especial no explicó con detalle si la necesidad consistía en que la medida fuera la menos restrictiva del comercio; en vez de ello, consideró la necesidad desde la perspectiva de la compatibilidad de la medida con el Acuerdo General. Su informe decía:

En opinión del Grupo Especial, es indudable que una parte contratante no puede justificar en tanto que "necesaria" en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, aquélla que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General. El Grupo Especial desea dejar bien sentado que ello no significa que se pueda pedir a una parte contratante que modifique su legislación sustantiva sobre patentes, o el nivel de observancia de esa legislación que desee conseguir, siempre que tales legislación y nivel de observancia sean los mismos para los productos importados que para los nacionales. Sin embargo, sí significa que si una parte contratante puede conseguir de manera razonable ese nivel de observancia por un medio que no sea incompatible con las otras disposiciones del Acuerdo General, así debe hacerlo (párrafo 5.26).

5. Esta interpretación del término "necesarias" fue aplicada en el informe del Grupo Especial titulado: Tailandia - Restricciones a la Importación de Cigarrillos e Impuestos Internos sobre los Cigarrillos, que fue adoptado el 7 de noviembre de 1990 (IBDD 37S/222). En el informe se declara que "el Grupo Especial consideró que no había ningún motivo para que dentro del artículo XX, el término "necesarias" tuviera en el apartado d) un sentido distinto que en el apartado b) (párrafo 74). "El Grupo Especial dedujo que las restricciones a la importación impuestas por Tailandia sólo podían considerarse "necesarias" en el sentido del apartado b) del artículo XX si Tailandia no tenía razonablemente a su alcance otra medida compatible con el Acuerdo General o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar sus objetivos de política sanitaria" (párrafo 75). El Grupo Especial constató que Tailandia podía alcanzar sus objetivos de política sanitaria mediante medidas compatibles con el Acuerdo General.

6. Análogamente, el Grupo Especial que se ocupó del caso Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún y productos del atún procedentes de México basó sus constataciones relativas a la invocación del apartado b) del artículo XX en esta misma interpretación de la palabra "necesarias". El informe de este Grupo Especial (no adoptado pero que figura en el documento del GATT DS21/R, de 3 de septiembre de 1991) decía: "El Grupo Especial recordó la conclusión a que había llegado un grupo especial anterior [el Grupo Especial Tailandia - Restricciones a la Importación de Cigarrillos] en el sentido de que este inciso del artículo XX tiene por objeto permitir a las partes contratantes adoptar medidas comerciales restrictivas incompatibles con el Acuerdo General para tratar de alcanzar objetivos primordiales de orden público, en la medida en que esa incompatibilidad fuera inevitable" (página 54, párrafo 5.27).

7. En el informe del Grupo Especial titulado: Estados Unidos - Medidas que Afectan a las Bebidas Alcohólicas y Derivadas de la Malta, que fue adoptado el 19 de junio de 1992 (DS23/R, de 16 de marzo de 1992), los Estados Unidos invocaban el artículo XX d) con respecto a la obligación de que, en determinados Estados, las bebidas alcohólicas importadas fueran transportadas por empresas de transporte público autorizadas a operar como tales dentro de los respectivos Estados, mientras que los productores de bebidas alcohólicas de esos Estados podían entregar su producto a los clientes en sus propios vehículos. Si bien determinó que esa exigencia era incompatible con el párrafo 4 del artículo III, el Grupo Especial constató que, para determinar si el apartado d) del artículo XX justificaba la exigencia,

Incumbía a los Estados Unidos demostrar que las leyes cuya observancia se trata de conseguir son compatibles con el Acuerdo General y que la prescripción discriminatoria de usar empresas de transporte público para la cerveza y el vino importados, incompatible con el párrafo 4 del artículo III, es necesaria para lograr la observancia de esas leyes. En opinión del Grupo Especial

los Estados Unidos no han demostrado que la prescripción de transporte por dichas empresas sea la medida menos restrictiva del comercio de la que disponen los diversos Estados para hacer respetar su legislación, ni que las medidas menos restrictivas, por ejemplo los requisitos de mantenimiento de registros de minoristas e importadores, no sean suficientes para los fines de la administración del impuesto. A este respecto, el Grupo Especial señaló que no todos los 50 Estados de los Estados Unidos aplican prescripciones en materia de transporte por empresas de transporte público. Así pues, pareció al Grupo Especial que algunos Estados han hallado modos alternativos, y posiblemente menos restrictivos del comercio y compatibles con el Acuerdo General, de hacer respetar sus leyes fiscales. Por consiguiente el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no han satisfecho la carga de la prueba en relación con la supuesta justificación al amparo del artículo XX d) de la prescripción impuesta por los distintos Estados en materia de transporte por empresas de transporte público (párrafo 5.52).

Proyecto de Acuerdo (1991) sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y Proyecto de Decisión sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

8. Los términos "la medida menos restrictiva del comercio" y "proporcionalidad" surgieron en el contexto de las negociaciones de la Ronda Uruguay sobre la revisión del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y en las relativas a la redacción de la Decisión sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Ambos proyectos contienen referencias a los términos "la medida menos restrictiva del comercio" y en el primero se hace una referencia al término "proporcionalidad". Los artículos 2.2 y 2.3 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio dicen,

2.2 Las Partes velarán por que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. [En este punto una llamada remite a una nota de pie de página que dice: Esta disposición tiene por objeto velar por la proporcionalidad entre los reglamentos, por un lado, y, por otro, los riesgos que crearía no alcanzar objetivos legítimos.] Tales objetivos legítimos son, entre otros, los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros, la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.

2.3 Los reglamentos técnicos no se mantendrán si las circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción ya no existen o si las circunstancias u objetivos modificados pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio.

9. Así pues, en el contexto del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, al considerar el grado de restrictividad del comercio que es necesario para alcanzar un objetivo legítimo habrán de tenerse en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar esos objetivos. Los elementos que se enumeran para evaluar esos riesgos son la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos; la reglamentación debe ser proporcional a esos riesgos.

10. El párrafo 21 de la Decisión sobre la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias dice:

21. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 10, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o

fitosanitaria, las partes contratantes velarán por que tales medidas sean las que entrañen el menor grado de restricción del comercio, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.

11. En el contexto de la decisión sobre la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias, los riesgos para la salud de las personas o de los animales o para la preservación de los vegetales deben evaluarse en primer lugar teniendo en cuenta los factores científicos, técnicos, económicos y de otra índole indicados en el texto. Sobre la base de esta evaluación de los riesgos, las partes contratantes han de determinar qué nivel de protección sanitaria o fitosanitaria es adecuado en vista de las circunstancias. Una vez que se haya determinado un nivel de protección, hay con frecuencia cierto número de medidas alternativas, o combinaciones de medidas, que pueden utilizarse para lograr esta protección (es decir, tratamiento, cuarentena o una mayor inspección). Es al elegir qué medidas específicas se aplicarán para lograr la protección deseada que las partes contratantes han de velar por que, salvo cuando no es viable a causa de dificultades técnicas o de elevados costos económicos, instituyan las medidas que menos restrinjan el comercio.

Conclusión

12. La historia de los términos "la medida menos restrictiva del comercio" y "la proporcionalidad" en el contexto del GATT, de sus instrumentos y de las decisiones de Grupos Especiales muestra que los términos son relativamente nuevos en el ordenamiento jurídico del GATT. Los casos de litigio expuestos anteriormente ponen de manifiesto que el término "la medida menos restrictiva del comercio" ha surgido al tratar de determinar la necesidad de ciertas medidas, con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y d) del artículo XX, cuestión que los Grupos Especiales han examinado desde la perspectiva del grado de compatibilidad de la medida litigiosa con el GATT. Su utilización en el contexto de las normas ha hecho que dicho término haya evolucionado y adquirido el sentido de que deben aplicarse aquellas normas cuyo grado de restrictividad del comercio sea el menor. La consideración del grado de restrictividad debe ser proporcional al riesgo del incumplimiento de los objetivos legítimos en el caso de los obstáculos técnicos al comercio. En el caso de las medidas sanitarias y fitosanitarias, como la evaluación de los riesgos para la salud ya está recogida en la determinación del nivel adecuado de protección, las partes contratantes deben utilizar el medio menos restrictivo para lograr este nivel de protección.