

“El principio de la libre circulación de las mercaderías” versus “los obstáculos técnicos al comercio”: uno de los dilemas en las negociaciones comerciales.

Jacqueline E. Brizzio*

1. Introducción

Las fronteras políticas entre los diversos estados fueron producto de procesos históricos de guerra y diplomacia¹. Sobre esta base fáctica, las regulaciones aplicables a los negocios desde el punto de vista del comercio dentro de cada delimitación geopolítica, serán necesariamente diversas a las que se implementen en otra jurisdicción nacional, asumiendo las particularidades y las necesidades intrínsecas de cada Estado.

Consecuentemente, siendo las fronteras nacionales por sí mismas una barrera significativa a las relaciones comerciales, el intercambio puede ser más o menos estrecho entre determinados estados dependiendo de varios factores, entre ellos, la existencia en mayor o menor medida de restricciones al intercambio mercantil. Dichas restricciones, redundan en definitiva, en las diferentes políticas adoptadas por cada Estado, las que pueden ser de carácter fiscal o técnico. Encomiables son las mismas cuando persiguen fines fundamentales en toda sociedad, por caso, la protección de la salud y la seguridad públicas.

Sin embargo, cuando el objeto último de estas medidas es el resguardo de la industria y la producción nacional generando normativas discriminatorias, arbitrarias o injustificadas y excesivas para las importaciones provenientes de terceros estados, surge la problemática en torno del entorpecimiento a la libre circulación interestadual.

* Abogada. Notaria. Especialista en Derecho Comunitario, Universidad de Salamanca España. Especialista en Aspectos Jurídicos del MERCOSUR, Universidad Nacional de Córdoba. Maestranda en Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ KRUGMAN, Paul R. y OBSTFELD, Maurice, “Economía Internacional”, McGraw Hill, Madrid, Tercera Edición, 1995, pág. 212.

Las políticas proteccionistas, tradicionalmente han separado las economías nacionales². Fueron de carácter arancelario las barreras fijadas y sostenidas durante la década de los años treinta, época en que alcanzaron su máximo apogeo, gracias a la intervención acérrima de las administraciones públicas ante la crisis económica generada con la Gran Depresión del año mil novecientos veintinueve.

Si bien, las mismas siguen constituyendo hoy por hoy, un importante freno al comercio internacional, su margen ha ido decreciendo como consecuencia de acuerdos bilaterales o multilaterales, los que tienen por pauta primera, la disminución de tales medidas arancelarias para el fortalecimiento comercial. Desde entonces, y como contraste de la disminución de las trabas arancelarias tras fronteras, han emergido nuevas medidas de orden pararancelarias o no arancelarias.

Este artículo, pretende acercar una noción respecto de los obstáculos técnicos al comercio, tendiendo a demostrar que atento a las características intrínsecas de las mismas, constituyen un vallado más que trascendente en el avance de las negociaciones del comercio internacional.

1. Las políticas proteccionistas como escape a la crisis del libre cambio comercial

Las necesidades política y económica determinaron, la aparición de zonas de libre comercio o uniones económicas, dentro de las cuales la premisa es la supresión de restricciones de orden arancelario y no arancelario. Atento a ello, los volúmenes de intercambio comercial entre los países que conforman esa clase de asociaciones, será profusa o mayor respecto de aquéllos que no pertenecen a un área de cooperación o integración. Sin embargo, los hechos traducen que en los ámbitos geopolíticos sujetos a convenios de derecho internacional o de integración, a pesar de las políticas instrumentadas que permiten la creciente eliminación o reducción de las barreras

² KRUGMAN, Paul R. y OBSTFELD, Maurice, ob. cit., pág. 214.

arancelarias, persisten invariablemente en mayor o menor medida los obstáculos más sutiles al libre comercio.

Los beneficios de profundizar un proyecto de integración regional se generalizarían cuando las restricciones al comercio (tarifarias y no tarifarias) se dismantelaran, reduciendo de esa manera los costos de las fronteras naturales.

Sin embargo, recientemente se ha cuestionado el optimismo de estos enfoques (Hartley, 1997) resultado de subestimar el tiempo de remoción de las barreras, asociado a que las grandes empresas nacionales de cada uno de los estados parte, siguen manteniendo la posibilidad de segmentar los mercados.

No obstante, y más allá de las complejas reglamentaciones comerciales, tanto a nivel internacional desde el seno de la actual Organización Mundial de Comercio (OMC), como de cada uno de los sistemas de integración o de cooperación existentes, el proteccionismo siempre se encuentra latente, máxime en circunstancias de recesión y crisis internacionales, trayendo aparejada una profundización de la gravedad enmarcada por dichos acontecimientos.³

Por proteccionismo puede entenderse el conjunto de mecanismos jurídicos que impiden el acceso al mercado nacional de productos extranjeros.⁴ El entramado de tales medidas tiene causas políticas, y éstas son adoptadas como consecuencia de los vaivenes que se producen en el marco del libre comercio internacional.

³ La crisis financiera internacional manifestada en el año dos mil ocho, pone en evidencia las debilidades del comercio multilateral bajo las normas de la Organización Mundial del Comercio. Con la constitución de la OMC, se creyó abrir un paraguas para frenar nuevas escaladas de proteccionismo. Si bien fueron menores las medidas de este tenor adoptadas hasta el momento, no obstante mientras se profundice la crisis, nuevas medidas proteccionistas pueden emerger y resurgir en consecuencia, la política con connotación mundial comúnmente llamada “empobrecer al vecino”. “Recesión y proteccionismo dentro de las reglas: Los riesgos para el sistema multilateral de comercio”. INTAL, Carta Mensual Número 159, Enero 2009.-

http://www.iadb.org/intal/aplicaciones/uploads/publicaciones/e_INTAL_ICM_150_PRG1_2009.pdf

“Many nations could massively increase their tariffs on manufactured and agricultural goods without breaking a single WTO rule. Nations could respond to tariff hikes and devaluations with a wave of antidumping and anti-subsidy duties. all perfectly WTO-legal.” En “What world leaders must do to halt the spread of the protectionism”, BALDWIN, Richard y EVENTT, Simon, Editores, et al. A vox.EU Publication. The Graduate Institute. Centre for trade and Economic Integration. Geneva. 2008. <http://www.voxeu.org/reports/protectionism.pdf>

⁴ BARRAL, Welter, “O Comércio Internacional”, Del Rey, Editora, Belo Horizonte, 2007, pág. 19.-

La saga del proteccionismo frente al sistema multilateral de comercio, presenta un carácter pendular. Ante cada nuevo escenario de acuerdos de reducciones arancelarias en el marco de la OMC, los estados respondían con medidas de carácter no tarifario. Ante dicha circunstancia, nuevos acuerdos y regulaciones se hicieron necesarios para frenar la escalada de barreras “invisibles” al comercio. El aumento de medidas de carácter paraarancelario, es llamado por cierta doctrina como neoproteccionismo, entendido el mismo como “...el empleo de obstáculos no arancelarios para proteger la posición competitiva de la producción nacional frente a la competencia de las importaciones”.⁵ A decir de Oyarzun Laiglesia, el mismo aparece con las postrimerías de la crisis de los años setenta, período en el cual emergen medidas diferentes a las tradicionales.⁶

Así, en el ámbito de las relaciones bilaterales o multilaterales, las medidas proteccionistas y el libre comercio, siempre marcharon alternadamente. Al período de resguardo de la producción doméstica, lo que en principio permitiría su crecimiento, le sucede una etapa de libre comercio o al menos, la exigencia a los restantes países por parte de aquél que pudo desarrollarse sobre la base de dichas medidas, de adoptar políticas comerciales liberales.⁷ La aparición de nuevas medidas arancelarias, traía consigo una nueva etapa de negociaciones multilaterales a los fines de contrarrestar las mismas. Con la regulación de estas últimas, se generaron medidas menos aparentes pero igual de restrictivas al comercio, dando lugar a una nueva etapa de ordenamiento a nivel institucional entre los Estados, para detectar las mismas y evitar su proliferación.

Por otra parte, la libertad comercial viene siendo instituida como la bandera en las relaciones multilaterales, consagrada como tal a nivel de las organizaciones internacionales de comercio, como en las zonas en donde se pretende la liberalización comercial entre los Estados sobre la base de acuerdos bilaterales o plurilaterales o en los procesos en donde se persigue la integración de políticas que parten desde lo netamente comercial y económico, pasando por lo político y alcanzando mayores

⁵ LOPEZ ESCUDERO, Manuel, ob.cit., pág. 22.

⁶ OYARZUN DE LAIGLESIA, Javier, “GATT, Neoproteccionismo y Ronda Uruguay”, en Cuadernos de Relaciones Laborales Número Dos, Editorial Complutense, Madrid, 1193, pág.15.

⁷ Es lo que llegó a denominar Friedrich List, abogado de la industria alemana en la primera mitad del siglo XIX, como “patear la escalera”. Dicha expresión acuñada en su obra “*El sistema nacional de economía política*”, se sustenta en la práctica utilizada por quien alcanza la grandeza, patea la escalera de las políticas públicas utilizadas para industrializarse y desarrollarse, e impide que otros lo igualen en sus objetivos. SEVARES, Julio, “Malos Samaritanos”: una crítica a los mitos del libre comercio. Entrevista a Ha-Joong Chang. Suplemento Economía, del Diario El Clarín, 26 de Julio de 2009, pág. 6.-

niveles de adecuación en materia social y cultural. A este tipo de sistemas se ha dado paso, en respuesta a la insuficiencia de los esquemas de cooperación, mediante la cual “...los estados retiran total o parcialmente la significación económica de las fronteras políticas existentes entre los países, con el propósito de conformar espacios ampliados que impliquen, para los socios del bloque constituido, una posibilidad de desarrollo individual y un mayor poder de negociación internacional como espacio multilateral, al concertarse la gradual eliminación de las restricciones arancelarias y para – arancelarias que restringen el intercambio y la libre circulación de bienes, servicios o factores productivos, como así también el establecimiento paulatino de políticas macroeconómicas comunes para con el resto del mundo, resignando o renunciando a todos los efectos señalados algunas competencias inherentes a su soberanía”⁸

El desmantelamiento de las medidas que impiden el comercio sin trabas entre los socios de los bloques sujetos a procesos de integración, siempre debe ejecutarse a un ritmo gradual, para lo cual, por caso, se proyectan programas de liberalizaciones progresivas, abarcando una determinada categoría de productos y exceptuando en un primer orden, aquéllos que resulten más sensibles a las producciones nacionales, para de esa manera no generar impactos indeseados en las economías domésticas.

Se puede inferir que del principio de libre circulación de mercaderías subyacen dos medidas imperativas que se traducen en la manda de no impedir el tráfico comercial en un espacio geográfico determinado, como así tampoco el de adoptar acciones cuyas consecuencias generen interferencias en el intercambio.

Por otra parte, consideramos que el principio de la libre circulación va de la mano con el de la no discriminación, estatuido como regla en el articulado del GATT⁹. Ello, atento a que el entorpecimiento del flujo comercial proveniente de terceros estados, puede generarse a partir de un tratamiento no igual respecto del mismo producto nacional. Desde este punto de vista, entendemos que la inobservancia del principio de no discriminación, puede ser abarcativo del incumplimiento del de libre

⁸ ORTEGA, José Emilio y BRIZZIO, Jacqueline Erica, en “Integración y solución de conflictos: perspectivas y propuestas para el Mercosur”, Anticipo de Cuadernos del Federalismo Número XII, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ediciones El Copista, Córdoba, Año 1998, pág. 10.-

⁹ Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio, o conforme sus siglas en inglés *General Agreement on Tariffs and Trade.*,

circulación, atendiendo a que cualquier reglamentación discriminatoria a favor de los productos o la producción local, encierra en sí misma el quebrantamiento de la libertad de circulación.

2. El régimen de las medidas arancelarias y no arancelarias:

Conforme lo establecido anteriormente, las barreras al acceso a los mercados, tienen una consecuencia directa con las políticas proteccionistas de los Estados, que se traducen en complejas reglamentaciones de variada índole.

Las restricciones al libre cambio comercial internacional, obedecen a diversos fundamentos, que a decir de Nicastro, pueden ser “naturales” u originadas por “razones de política comercial”¹⁰. Con respecto a las primeras el autor manifiesta que las restricciones responden en particular a las características del mismo producto, vale decir, su peso, medidas, o a la localización geográfica, por caso, la distancia, elementos todos que relacionados con el menor valor de la misma, determinan mayor protección para los productos locales, generando una serie de obstáculos contra las importaciones de bienes de semejantes características.

Continuando con la distinción establecida por el autor, respecto de aquéllas que tienen su origen en “razones de orden comercial”, las barreras pueden ser arancelarias o de tipo no arancelario.

En el primero de los casos, las medidas se traducen en la imposición de tarifas aduaneras sobre los productos importados, aumentando consecuentemente el precio de los mismos, persiguiendo con ello la tendencia de aumentar a su vez, el consumo de la producción doméstica, con el objetivo de beneficiar la industria nacional. Su característica es que dichos mecanismos arancelarios pueden ser perfectamente cuantificables.

¹⁰ NICASTRO, Mario Luis R., “Restricciones a las importaciones”, Serie Breviario en Relaciones Internacionales, Quinta Entrega del Boletín de la Maestría en Relaciones Internacionales, Centro de Estudios Avanzados, de la Universidad Nacional de Córdoba. <http://www.cea.unc.edu.ar/boletin/n-antteriores/005/articulo2-pdf.pdf>. Año 2006.- Representante de la Secretaría de Política Económica en la Coordinación Nacional del Sub Grupo de Trabajo N° 3, “Reglamentos Técnicos y Evaluación de la Conformidad” y del Comité Técnico N° 1, “Aranceles, Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías” del MERCOSUR.

Los distintos tipos de aranceles o derechos de importación pueden ser clasificados en: a) arancel ad- valorem, el cual consiste en un porcentaje sobre el valor de determinada mercadería. Bajo este sistema se ha estructurado el Arancel Externo Común del MERCOSUR, aplicándose dicho arancel respecto de las mercaderías que ingresan a la zona desde terceros países; b) Arancel específico, el cual se encuentra regulado en el artículo 663 del Código Aduanero. Su importe se determina sobre la base de una suma fija de dinero por cada unidad de medida específica de cada mercadería (por metro, por kilo, etcétera); c) El derecho móvil: el cual evoluciona de acuerdo a la variación del precio de la mercadería. El mismo se halla prescripto en el artículo 673 del Código Aduanero. d) El arancel consolidado: en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)¹¹, constituye el máximo arancel que un miembro firmante puede establecer en relación a otro.¹²

A la par de los derechos de aduana, se concibieron otras medidas o gravámenes que aplicados directamente sobre las mercaderías vienen a encarecer el precio final del producto, teniendo en consecuencia un efecto equivalente al de los primeros. Este tipo de medidas, con el mismo sentido proteccionista, aparece recogida en el artículo VIII del Acuerdo del GATT, bajo la denominación de “derechos y cargas de cualquier naturaleza” y en el artículo II, bajo la expresión de “otras cargas interiores”.¹³

Como contrapartida a la tendencia de eliminación de las medidas arancelarias, apareció en cambio, un sofisticado entramado normativo sobre la base de razones técnicas, configurándose trabas de naturaleza diversa a la de los derechos de aduana. Por lo que podría decirse que estas últimas vinieron a reemplazar a las primeras en los

¹¹ GATT, en adelante.

¹² Cfr. NICASTRO, Mario Luis R., “Restricciones a las importaciones”, ob.cit. Arese, por su parte, las clasifica conforme su importancia en la variable de la mayor competencia que pueda representar en el intercambio comercial internacional en: Derechos de importación: comprendiendo los mismos el clásico arancel que se aplica al producto que ingresa a un mercado, destacando dentro del mismo a los siguientes: 1. Derechos ad valorem (corresponden a un porcentaje sobre el valor de la mercadería); 2. Derechos específicos (que corresponden a una cantidad de moneda determinada por unidad de medida); 3. Derechos mixtos (que consisten en la aplicación de los anteriores de forma acumulativa); 4. Derechos alternativos (consiste en la aplicación de los derechos ad valorem o específicos conforme ciertos parámetros, por caso, cuando se aplica aquél cuyo mayor valor resulte luego del cálculo); 5. Derechos estacionales (aplicados en determinadas épocas del año y corresponden a una determinada actividad estacional, verbigracia, cosecha de un producto determinado); 6. Precio oficial (precio mínimo que se impone respecto de ciertos productos). ARESE, Héctor Félix, “Comercio y Marketing Internacional. Modelo para el diseño estratégico”. Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, República Argentina, Marzo 1999, pág. 96 y 97.

¹³ En el ámbito de la Comunidad Europea, este tipo de medidas se las denomina exacciones de efectos equivalentes a los derechos de aduana, y se hallan totalmente prohibidas.

efectos que se desplegaron sobre el libre cambio comercial, convirtiéndose las mismas en un nuevo instrumento proteccionista o también denominado neoproteccionista¹⁴ o proteccionismo de segunda generación¹⁵, en tanto y en cuanto las mismas tuvieran el carácter de discriminatorias, como se explicitara con anterioridad.

Se afirma pues que una vez consensuada la eliminación de las barreras arancelarias, surgen nuevos elementos - esta vez de carácter técnico -, que entorpecen la libre circulación, produciéndose un fenómeno entre ambas medidas (arancelarias y no arancelarias) de carácter inversamente proporcional.

Ello constituye una realidad patente máxime en las zonas en donde se desarrollan procesos de integración, en las cuales por consecuencia, la eliminación de las medidas de tipo arancelario, es el primer objetivo en relación al cual se comprometen los Estados parte.

Su definición se estipula comúnmente a contrario sensu de lo que se entiende por medidas arancelarias, y en este sentido, siendo independientes del establecimiento de un arancel, las mismas consisten en una serie de requisitos o procedimientos exigidos en el territorio de un Estado para el ingreso de una mercadería.

Si bien su impacto, es de difícil determinación, los efectos aparejados por su aplicación pueden ocasionar resultados tanto indeseados como innecesarios, entorpeciendo injustificadamente el comercio y facilitando la generación de modalidades encubiertas de discriminación.

López Escudero señala que la multiplicación y dispersión de las medidas no arancelarias, responde inclusive al aumento de la tecnificación de los procesos de producción de mercaderías. En este hilo de conducta, explica que la complejidad tecnológica ha requerido por ende, de la intervención estatal en la producción, con el fin

¹⁴ Véase en este sentido, OYARZUN DE LAIGLESIA, Javier, "GATT, Neoproteccionismo y Ronda Uruguay", en Cuadernos de Relaciones Laborales Número Dos, Editorial Complutense, Madrid, 1193, pág. 170 y ss..

¹⁵ Al respecto, AVILA ALVAREZ, Antonio María, en "La Participación del sistema GATT-OMC en la gobernanza mundial", Sesenta Años del Sistema GATT-OMC, Julio-Agosto 2008, Número 843, Boletín Económico - ICE - Información Comercial Española, pág. 50 y ss.
http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/ICE_843_45-60__29A0EBA421AAC8741F583F6337303B4.pdf

último de proteger intereses fundamentales en el seno de la sociedad, que responden a la preservación de la salud pública, la seguridad, los intereses de los consumidores o el medio ambiente.

Como corolario del aumento de las reglamentaciones de carácter técnico en las legislaciones nacionales confluyeron en mayor medida las disparidades entre las reglamentaciones técnicas a nivel internacional, siendo ése el origen de los obstáculos técnicos a la libre circulación de mercaderías.¹⁶

De la misma manera, la circunstancia de que dichas reglamentaciones tienen por objeto la protección de intereses fundamentales, resulta difícil la detección de los mismos. En el supuesto de que dichas medidas no arancelarias, resulten discriminatorias, las mismas se convierten en restricciones no arancelarias. Sólo bajo esta hipótesis, es cuando dichas medidas relativizan los resultados esperados en el intercambio internacional, en relación de los efectos de las preferencias pactadas, desalentando con ello la participación de los operadores económicos desde el punto de vista privado, como de los poderes estatales, en la profundización de las negociaciones internacionales o regionales¹⁷ y dificultando su identificación, lo que genera mayores inconvenientes al momento de negociar su eliminación.

“Las barreras no arancelarias constituyen el medio a través del cual las economías han empezado a proteger su producción nacional. Esta protección se aplica a sectores industriales que han experimentado problemas de ajuste estructural de largo plazo, a sectores considerados estratégicos o que generan externalidades importantes en la economía o sencillamente a sectores que cuentan con grupos de presión lo suficientemente fuertes como para lograr, por parte de la autoridad económica, medidas que los protejan de la competencia externa. En cualquiera de los casos, en general se transforman en medidas proteccionistas que constituyen una pérdida de transparencia en las relaciones comerciales de los países y una discriminación en contra de algunos países, con sus respectivas consecuencias.”¹⁸

¹⁶ LOPEZ ESCUDERO, Manuel, ob.cit., pág. 25.

¹⁷ Sitio web de ALADI Asociación Latinoamericana de Integración.
<http://www.aladi.org/nsfaladi/cuaderno.nsf/vcuadernosweb/Medidas%20No%20Arancelarias%20-%20Cuaderno%20N%C2%BA%207#tres>

¹⁸ CLARK, Ximena, “Comercio de Chile con Apec: Barreras arancelarias y no arancelarias”, en Colección de Estudios CIEPLAN N° 42. Junio de 1996, pag. 99.

Los diversos tipos de restricciones no arancelarias y entre ellas los obstáculos técnicos al comercio pueden producir los siguientes efectos: disminución de las preferencias negociadas; falta de transparencia al comercio; desaliento a productores para participar del comercio como igualmente a los gobiernos en la profundización de las negociaciones; práctica de medidas encubiertas con efecto discriminatorios; penalización a productores regionales que han adquirido ventajas comparativas en la colocación de sus productos; afectación tanto de costos y precios como de cantidades, se convierten en inhibidores de inversiones, al reducir la posibilidad de determinar el riesgo empresarial, creando de esa manera incertidumbre y desconfianza al proceso de integración.¹⁹

Según su naturaleza, las medidas no arancelarias - sin ser exhaustivos en su enunciación -, pueden ser: a) restricciones de carácter cuantitativo, las que tienen por finalidad el control del volumen de las importaciones, como los cupos de importación; el régimen de licencia previa; obligación de incorporar insumos nacionales en la fabricación de un producto; prohibición de las importaciones (incluidas las prohibiciones temporales o de temporada). b) Medidas que surten efecto a través de los costos y precios, cuya finalidad es la de evitar que las mismas se vendan por debajo de un determinado precio, como los regímenes de precios mínimos u oficiales, medidas antidumping y compensatorias, entre otras.^{20 21}

¹⁹ LOPEZ, Aldo Centurión, “Los Nuevos Desafíos para la integración regional”, Restricciones No Arancelarias en el MERCOSUR, Buenos Aires, 2-3 de octubre de 2002. BID – INTAL.

²⁰ Fuente ALADI, Biblioteca y Publicaciones.

<http://www.aladi.org/nsfaladi/cuaderno.nsf/vcuadernosweb/Medidas%20No%20Arancelarias%20-%20Cuaderno%20N%C2%BA%207>

²¹ Lopez Escudero, en su obra, cita la clasificación realizada por el Comité de Comercio de Productos industriales del GATT sobre la base de las notificaciones recibidas con motivo de una encuesta realizada entre los particulares afectados por este tipo de medidas: “- Participación del Estado en el comercio: ayudas de Estado, derechos compensatorios, mercados públicos, prácticas restrictivas y comercio de Estado. – Formalidades aduaneras y administrativas a la importación: derechos antidumping, evaluación, clasificación aduanera, formalidades consulares y documentación, pruebas, reembolso de derechos y formalidades aduaneras. – Normas: normas industriales, reglamentaciones sanitarias y normas de seguridad, normas diversas referentes a la composición de los productos, normas de marcado, etiquetado, de medida y de embalaje. – Limitaciones específicas: restricciones cuantitativas y licencias de importación, prohibiciones y otras restricciones, control de cambios, discriminación resultante de acuerdos bilaterales, discriminación en materia de suministradores, restricciones a la exportación, medidas de control de precios en el mercado interior, contingentes arancelarios. – Gravámenes a la importación: depósitos previos a la importación, sobretasas, tasas portuarias, tasas estadísticas, discriminaciones en las tasas sobre películas, etc..., restricciones discriminatorias en materia de crédito, exacciones variables, ajustes fiscales en frontera y medidas excepcionales”. LOPEZ ESCUDERO, Manuel, ob. cit., pág. 44.-

Arese, por su parte cita algunas de las más importantes y las agrupa de acuerdo a elementos que las caracterizan, distinguiéndolas en: - Cuantitativas: cuotas (acción negociada para limitar la importación) y cupos (medida unilateral de un Estado para restringir el ingreso de productos). – Administrativas: entre las que se distinguen las burocráticas genéricas (cuando la medida desalienta la importación de un producto); aduaneras (establecidas por dicha entidad); burocráticas relacionadas (cuando para la introducción de un producto deben intervenir varios organismos que generan una relación en la expedición de los documentos de complejidad en su seguimiento generando consecuentes demoras. – Sanitarias y Fitosanitarias: las que comprenden la necesidad de emitir certificados, controles y especificaciones técnicas relacionadas con productos destinados al consumo humano o animal.²² –Técnicas: normas, reglamentos técnicos y procedimientos para la evaluación de la conformidad, que atienden a la calidad del producto o de los procedimientos de de producción. – Monetarias: cuando el tipo de cambio es intervenido como freno a la importación.

Esta enumeración meramente enunciativa, permite ir restringiendo el ámbito de estudio en relación de los obstáculos no arancelarios, y circunscribirnos a aquéllos que se corresponden a la naturaleza de este trabajo.

3. Obstáculos Técnicos al Comercio: su conceptualización

Entre los obstáculos no arancelarios se hallan los denominados obstáculos técnicos.

Muchos son los documentos legales que mencionan a los mismos, pero no se han hallado definiciones que recojan su sentido. Por el contrario, es profusa la doctrina que tiende a reflejar su noción, aunque por lo general las mismas no profundizan acerca de su sentido.

Ramón Madriñan Riveras, claramente se acerca al concepto de obstáculos técnicos al comercio, cuando advierte que la intervención del Estado en la comercialización de los productos, imponiendo una serie de requisitos, trae aparejado

²² Especificaciones técnicas diferentes con las características de calidad del producto, circunstancias éstas que caen bajo las medidas denominadas obstáculos técnicos al comercio.

como consecuencia la restricción de la oferta de aquéllos que no observen o cumplieren con los mismos. Explica que las reglamentaciones estatales estableciendo requisitos obligatorios mínimos, reducen la oferta de bienes de las mismas características, con incidencia directa en un mayor control de la salud, la seguridad, la preservación del consumidor y del medio ambiente.²³

En este sentido la dialéctica se posiciona entre el acceso al mercado y las políticas de seguridad perseguidas por el propio Estado con vistas a mejorar el bienestar de los ciudadanos.²⁴

El autor señala además que el propio Estado, en pos de intereses de diverso tenor a los ya citados, haciendo uso de dichas prácticas, puede adoptar por caso, políticas propicias para la producción doméstica o beneficiar a productores locales, incorporando obligaciones que ocasionen directa o indirectamente la exclusión del mercado local de productos extranjeros de características similares a los protegidos, siendo dichas medidas de tal envergadura que ocasionen obstáculos técnicos al comercio.

Citando algunas definiciones, el décimo Informe General de la Comisión de la Comunidad Económica Europea, definía a los obstáculos técnicos como “*todas las dificultades resultantes para las mercancías de las divergencias entre las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros referentes a la calidad, el acondicionamiento y el control de los productos*”.²⁵

²³ MADRIÑAN RIVERAS, Ramón, “¿Negociando Acceso sin perder bienestar? Una introducción a los capítulos de comercio internacional sobre obstáculos técnicos al comercio”, en El Tratado de Libre Comercio, La integración comercial y el derecho de los Mercados, Eric Rincón Cárdenas, Edwin Santamaría Ariza, Juan Jacobo Calderón Villegas Editores, Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, 2007, pág. 394. http://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=H98Fx3ta0JAC&oi=fnd&pg=PA393&dq=%22obst%C3%A1culos+t%C3%A9cnicos+al+comercio%22&ots=UTF6WF62KT&sig=WzZnzdXUGcTy4_BU7STLoNbFpaA, .

²⁴ Algunos autores sostienen que existe una dicotomía entre las normas reguladoras del comercio, que restringen el mismo persiguiendo el bienestar de la población, bajo los ideales de seguridad, protección al medio ambiente, salud, protección al consumidor, y las normas que pretenden la liberalización del comercio, con la consecuente necesidad de acceso a los mercados. En este sentido, MADRIÑAN RIVERAS, Ramón, ob.cit., pág. 409.

²⁵ COMMISSION DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE: Dixième Rapport Général sur l'activité de la Communauté, 1967, pág. 133, citado por LOPEZ ESCUDERO, ob.cit., pág. 45.

Lasnet, se expresa en términos análogos y destaca que la causa fuente de los obstáculos técnicos al comercio son jurídicas.²⁶

Comba, por su parte, con más detalle explica: *“los obstáculos técnicos derivan de la disparidad de las normas existentes en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros sobre los requisitos técnicos, cualitativos, y cuantitativos de los productos, los signos distintivos de los modelos, tales como las marcas, el etiquetado, la denominación del tipo de modelo, así como las normas relativas al embalaje, a la confección y al modo de presentación del producto, que pueden hacer más difícil el comercio de estos productos, ya que para su comercialización se exigen requisitos diferentes de un Estado a otro”*.²⁷

Lopez Escudero²⁸, conceptualiza al obstáculo técnico al comercio diciendo que el mismo consiste en *“toda restricción del comercio interestatal, originada por las divergencias entre las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados destinadas a regular la producción y comercialización de mercancías, que obligan a una adaptación de las mercancías importadas o exportadas.”*

Por todo lo expuesto, podemos entender por obstáculos técnicos al comercio, **“las restricciones al comercio internacional, originadas en normas de derecho público reguladoras de los sistemas de producción y comercialización de las mercaderías, que divergen de las establecidas por otros Estados, lo que genera la necesidad de adecuación a las normas del país importador, beneficiando con ello, la producción o el producto local.”**

Analizaremos a continuación la definición expuesta.

i) **“Restricciones al comercio internacional”**: de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el sentido del término “restricción”, es de *“Limitación o*

²⁶ LASNET, E. EN “Echanges intérieurs”, Dictionnaire du Marché Commun, Gide-Loyrette-Nouel, Vil. III, París, 1990, citado por LOPEZ ESCUDERO, Manuel, ob. cit., pág.. 45.

²⁷ COMBA, A, “La disciplina della normativa tecnica in un sistema de libero scambio regolato”, en G. Stefani, (ed): Mercato comune e neoprotezionismo, Cedam, Papua, 1987, pág. 176, citado por LOPEZ ESCUDERO, Manuel, en nota 37, ob. cit., pág. 46.

²⁸ El mismo, cita además algunos autores, entre ellos LASNET, SLOT, entre otros. LOPEZ ESCUDERO, Manuel, ob. cit., pág. 45 y ss.

reducción impuesta en el suministro de productos de consumo, generalmente por escasez de éstos". El Tratado de Asunción da una definición amplia de "restricciones", estableciendo que se entiende por tales "cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco" (Tratado de Asunción, Anexo I, art, 2, b).²⁹ En tanto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha señalado en el Proceso 5-IP-90 publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo el 9 de septiembre de 1994, que "*...restringir, como lo establece el Diccionario Básico Jurídico, es la limitación o modificación que se hace de algo, disminuyéndolo*". (...) "*...Por medida restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones. Dicho efecto puede consistir en imposibilitar las importaciones o en hacerlas más difíciles, o más costosas que los bienes de producción nacional*".³⁰

ii) “Originadas en normas de derecho público reguladoras de los sistemas de producción y comercialización de mercaderías”: las normas que regulan los procesos productivos atinentes a los métodos de producción y a las características de los productos, constituyen normas originadas en órganos estatales, en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales y administrativas, y en orden a sus atribuciones, establecen los principios y reglamentan los procedimientos a tales fines, siendo las mismas de carácter imperativo.

Tales normas constituyen las llamadas medidas de normalización, entendiéndose por estas últimas a los “reglamentos técnicos”, “normas técnicas”, y los

²⁹ En los Acuerdos de Alcance Parcial celebrados en el marco del Tratado de Montevideo de 1980, se establece que se entiende por “restricciones” cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un país signatario impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980.” Es la definición contenida por caso, en el inciso b) del artículo 4 del Capítulo 2: Programa de Liberación del Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica Número 14 suscripto entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil.

³⁰ Extracto de la cita efectuada en los considerandos de la Resolución 184 de la Comunidad Andina, en materia de “Calificación de restricciones a la importación de carne de aves y productos lácteos por parte del Ecuador”, de fecha 29 de Enero de 1999, Lima, Perú. Secretaría General de la Comunidad Andina. <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r184sg.htm>. A los fines ilustrativos, en cambio citamos que en el Informe sobre el coste de la no-Europa, se utilizó en dicho instrumento la designación “barrera técnica al comercio” como sinónimo de obstáculo técnico. Group MAC: Technical Barriers in the ED, O.P.O.C.E., Luxemburgo, 1988, pág. 131, citado por LOPEZ ESCUDERO, Manuel, ob.cit., pág. 47.

“procedimientos para la evaluación de la conformidad”, adoptadas por los Estados en aras a establecer procedimientos que permitan certificar la calidad de un determinado producto o proceso de producción, siempre atendiendo al mayor bienestar de la población.

a. Reglamentos Técnicos:

Los llamados reglamentos técnicos, establecen las peculiaridades o características de un producto, por caso, lo relativo a las dimensiones, formas, diseño, funciones, etcétera, o lo relacionado con el embalaje, etiquetado o terminología de los productos. En casos determinados, los procesos y métodos de producción, pueden incidir directamente con las características de la mercadería desde el punto de vista de la calidad de las mismas, por lo que los reglamentos técnicos, deberán referirse no ya a las características del producto en sí mismo, sino en su método y proceso de producción.

La naturaleza de la norma trae consigo que su observancia sea siempre obligatoria.

Por otro costado su denominación -“reglamento técnico”- no prejuzga sobre el tipo de norma que cada país quiera utilizar para hacer uso del mismo. Un Estado puede bien aprobar un reglamento técnico como decreto o bien como ley.

b. Normas Técnicas:

Al igual que los reglamentos técnicos, las mismas tienen por objeto establecer directivas o estándares relacionados con las características de los productos o de los procesos y métodos de producción. Sin embargo, bajo este supuesto normativo las condiciones de elaboración o creación de las mismas, como su observancia difieren a las de aquéllas.

Así, las mismas son aprobadas por una institución reconocida que prevé, para un uso común, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos a ellos, y cuya observancia es voluntaria.

El objeto, en consecuencia, es similar al de los reglamentos técnicos. Sin embargo, y para mayor claridad, deben señalarse tres diferencias fundamentales con relación a los mismos: i) No son obligatorias, por tanto a diferencia del efecto que pueda llegar a tener en el comercio interestatal, si el producto, método o proceso de producción no se ajusta a un reglamento técnico, no podrá autorizarse su comercialización en el país que impone dicha norma, pudiendo en cambio autorizarse la venta del mismo producto alcanzado por una norma técnica no observada por el producto importado³¹; ii) son elaboradas por lo general por entidades privadas, debidamente reconocidas por el Estado y trabajan en estrecha coordinación y colaboración con los sectores privados involucrados y iii) su finalidad esencial es estandarizar y mejorar los niveles de calidad de los productos.

A su vez, ambos tipos de normas abarcan: i) las características de los productos, incluidas las que se refieren a la calidad; ii) los procesos y métodos de producción (PMP) que tienen efectos en las características de los productos; iii) la terminología y los símbolos; y iv) las prescripciones en materia de embalaje y etiquetado aplicables a los productos.

Habiendo dicho ello y respecto de ambas, entendemos que las normas generadoras de obstáculos técnicos al comercio, son los reglamentos técnicos por ser los mismos de carácter obligatorio.

c. Procedimiento para la evaluación de la conformidad:

³¹ A modo ilustrativo, si un producto proveniente de un país exportador no satisface con las características contenidas en un reglamento técnico, no podrá ingresar en el mercado del importador, por caso, los automóviles con los volantes del costado izquierdo, en Inglaterra o Irlanda. En cambio, si no se observa la exigencia contenida en una norma técnica, puede ingresar al mercado interno, pero puede verse “penalizada” su adquisición por parte de los consumidores que no adquirirán dicho producto, al no adecuarse a las costumbres del mercado doméstico. Verbigracia, los productores de papel tamaño A cuatro, pueden encontrarse con consumidores locales habituados a consumir papel bajo la norma que establece el tamaño del papel legal. Ejemplo citado por KOTSCHWAR, Barbara R. en “Hacia el Libre Comercio en las Américas”, José M. Salazar-Marise Roberts Editores, Normas y Obstáculos Técnicos al Comercio, Capítulo Siete, Xirinachs, pág. 150, Copublicación con la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2001, disponible en <http://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=r8WLMJnYmf8C&oi=fnd&pg=PA148&dq=%22obst%C3%A1culos+t%C3%A9cnicos+al+comercio%22&ots=muAJyiOvX7&sig=42nAzvuOhVkpzmCCXmqtpFKAACI#v=onepage&q=%22obst%C3%A1culos%20t%C3%A9cnicos%20al%20comercio%22&f=false>

Es todo procedimiento técnico utilizado - verbigracia, la inspección, prueba, certificación, verificación, muestreo; garantía de la conformidad, evaluación, registro, acreditación y aprobación -, para determinar si los productos cumplen las prescripciones contenidas en los reglamentos técnicos o normas. Los procedimientos de evaluación de la conformidad pueden llevarse a cabo, en forma indistinta o combinada.

Las normas derivadas de los denominados procedimientos de evaluación de la conformidad, son elaboradas por institutos nacionales de normalización, que tienen el carácter de ser asociaciones de derecho privado, potenciadas, a decir de López Escudero, por los industriales de cada Estado, y cuya vinculación con los poderes públicos varía según los países.³²

Dichas normas, deben ser **“reguladoras de los sistemas de producción y comercialización de mercaderías”**. Por tanto, constituyen normas de orden público, que tienden a establecer parámetros generales en aras de la seguridad y salud públicas, protección del medio ambiente, o la prevención de prácticas que puedan inducir a error a los consumidores, siempre en relación a las relaciones comerciales, y más específicamente, al ámbito de la regulación de la calidad de los productos y de los procesos productivos de los mismos. Nos ceñimos a las normas reguladoras de las mercaderías por ser las mismas, el objeto exclusivo de este estudio.

Por tanto, el comercio dentro de las jurisdicciones nacionales, está regulado, atendiendo a la mayor necesidad de establecer patrones asociados a las exigencias de los consumidores, características culturales de la población o de otra índole, que determinen que sea menester la adecuación del comercio con las necesidades locales. Por otra parte, estas reglamentaciones comerciales, en espacios sujetos a procesos de integración o de cooperación, tienden a ser neutralizadas, eliminadas, o armonizadas. Sin embargo, esta tendencia, muchas veces se contrarresta con cuestiones que hacen al orden público de un estado, relacionadas con la seguridad, la salud o el medio ambiente, entre otros fundamentos. En tanto y en cuanto, las mismas no causen distorsiones en el mercado, no sean arbitrarias o discriminatorias, persigan los objetivos legítimos que dieron origen a

³² LOPEZ ESCUDERO, Manuel, ob.cit., pág. 51.-

las mismas, y no sean más restrictivos que lo necesario para conseguir dicho objetivo, no constituirán obstáculos al comercio.

iii) **“Que divergen de las establecidas por otros Estados, lo que genera la necesidad de adecuación a las normas del país importador”**: La distorsión normativa, resulta ser una característica de las normas generadoras de obstáculos técnicos, y en este sentido, obligan a que los productores readecuen los procesos de fabricación de los productos, generando mayores costos en su producción, lo que incide directamente en el costo del producto.

iv) **“Beneficiando con ello, la producción o el producto local”**: este último es el elemento característico por naturaleza de los obstáculos técnicos al comercio. Se produce, pues, cuando de manera soterrada se persigue favorecer un determinado sector productivo o amparar un determinado producto nacional, ante otro de las mismas características proveniente de un país importador.

En consecuencia, si bien, bajo el propósito de preservar la seguridad o salud públicas, se establecen reglamentos técnicos o procedimientos de evaluación de la conformidad, persiguiendo sin embargo otros fines diversos a los legítimos, el Estado en particular, estaría aplicando medidas proteccionistas. Verbigracia, si un reglamento que establezca que un producto debe cumplir con tal diseño o descripción, a pesar de que dichas características no sean trascendentes para lograr el interés social perseguido, se convierte en un obstáculo técnico al intercambio. De igual forma una inspección, verificación o prueba que realice una autoridad nacional para comprobar el cumplimiento de los requerimientos técnicos exigidos a un determinado producto se puede convertir en un obstáculo técnico al comercio internacional, si el procedimiento es burocrático y lento. Igualmente lo será, si para la realización de esas pruebas se da preferencia a los productos de origen nacional en detrimento de los productos de origen extranjero o si el procedimiento es poco accesible.

Muchas de las veces, dichas medidas están dirigidas a los productos extranjeros, lo que hace más fácil su determinación. En cambio, en otras oportunidades, las mismas pueden extenderse tanto a los productos importados como a los nacionales, lo que impide su fácil identificación como obstáculo técnico.

Como se dijo anteriormente, el desarrollo de los obstáculos técnicos ha tenido una vinculación estrecha con la creciente tecnificación de los procesos de producción de mercancías. Dicha tecnificación ha hecho necesaria una intervención de los poderes públicos para regular los procesos productivos, con el objeto de proteger una serie de intereses sociales fundamentales, como la salud pública humana, vegetal o animal, la seguridad, el medio ambiente o los intereses de los consumidores. Esta intervención ha generado una serie de reglamentaciones técnicas en todos los Estados que en la mayoría de los casos han estado marcadas por las peculiaridades propias de cada país. Tales reglamentos técnicos o procedimientos de evaluación de la conformidad que receptan lo preceptuado por dichos reglamentos o normas técnicas, van a constituir obstáculos técnicos al comercio, en tanto y en cuanto, veladamente tiendan a proteger el producto o producción nacional, constituyendo dicha medida en una de carácter proteccionista por ser discriminatoria, arbitraria o más restrictiva que lo necesario para cumplimentar con los objetivos legítimos.

Las mismas poseen dos connotaciones esenciales: una de ellas es la finalidad aunque encubierta, que persiguen con su creación misma: la protección a la salud, a la seguridad públicas o al medio ambiente. La segunda de ellas, es que la medida implique una adecuación del proceso productivo del productor del otro Estado, estando ínsito el carácter discriminatorio.³³

Es por ello, que las medidas originadas de obstáculos técnicos al comercio, constituyen por cierto, una tarea ciclópea en el ámbito de las negociaciones comerciales, a los fines de su control o erradicación.

La tarea preventiva es la que debe prevalecer en el primer sentido, atento a que por la falta de transparencia en muchos de los casos - lo que se traduce en la no observancia de un sistema aceptado de información previa -, se recrudecen los términos del intercambio con la aparición de dichas medidas. Igualmente, un aspecto correctivo

³³ En este sentido Lopez Escudero, Manuel, ob.cit., pág. 46.

tampoco puede ser soslayado en esta materia, a través de la instrumentación de un eficiente sistema de solución a través de amigables componedores o de buenos oficios, sin tener que llegar al ámbito de la solución de diferencias propiamente dicho, mediante la constitución de un tribunal, ingresando a un ámbito netamente conflictivo y en donde priman las cuestiones puramente jurídicas, por ser más riguroso este mecanismo.

En lo relativo a las negociaciones comerciales, cualquiera sea el ámbito en la que se desarrollen las mismas – en esquemas de cooperación o bajo acuerdos de integración -, una y otra vez, se suceden los inconvenientes que traen consigo la aparición de medidas de corte técnico, que más que resguardar cuestiones de imperativo orden público, se cimientan en circunstancias que tienden a impedir el libre tráfico, discriminando los productos provenientes de terceros estados, en clara sintonía con la defensa de los intereses nacionales.

Tanto en el marco de la OMC como en sistemas de integración o que tienden a ella, caso del MERCOSUR, el problema de los obstáculos técnicos al comercio no es una cuestión saldada, sino que por el contrario, resta mucho por hacer.