

COMENTARIO SOBRE *BRASIL — NEUMÁTICOS RECAUCHUTADOS*, INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

*Yahir Acosta Pérez**

Resumen:

Esta disputa, que enfrentó a la Unión Europea y al Brasil por la prohibición a la importación de neumáticos recauchutados impuesta por el gobierno brasileño, es de gran relevancia sistémica, pues el Órgano de Apelación confirmó que la excepción contenida en el artículo XX (b) del GATT referente a la protección de la salud y la vida de las personas y los animales, tiene un valor supremo por encima del valor del comercio internacional. Sin embargo, el Órgano de Apelación no avaló el trato preferencial que Brasil aplicaba a las importaciones procedentes de sus socios del MERCOSUR por razones dignas de ser revisadas. El comentario sobre el caso hace un repaso minucioso del orden del análisis que emprendió el Órgano de Apelación para llegar a esas conclusiones.

Abstract:

This dispute between the European Union and Brazil comprised an import ban on retreated tyres imposed by the Brazilian government. The dispute's outcome is of paramount importance to the WTO system because the Appellate Body confirmed that the exception contained in GATT article XX (b), which allows measures necessary to protect human, animal or plant life or health, has a supreme value that superimposes over the international trade value. However, the Appellate Body did not accept the preferential treatment that Brazil was giving to the imports coming from MERCOSUR members, for a number of reasons that are worthy to examine. This comment makes a thorough revision on the analysis order followed by the Appellate Body to reach those conclusions.

1. Introducción

Este caso nuevamente pone de relieve las tensiones existentes entre la libertad que tienen los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), por un lado, para regular medidas que protejan la salud humana y el medio ambiente¹, y por el otro, la obligación que tienen los Miembros de respetar los acuerdos comerciales de la OMC.

A pesar de que el Brasil perdió esta disputa, el fallo del Órgano de Apelación (OA) es una victoria para los promotores de políticas públicas que verdaderamente protejan valores como la salud humana y el medio ambiente, siempre que las medidas sean aplicadas de la manera menos restrictiva al comercio. En este orden de ideas, será interesante ver por qué razones el OA confirmó que el comercio internacional es un valor supeditado a la protección del medio ambiente y de la salud de las personas.

Más aún, la resolución del OA es especialmente relevante para los países en desarrollo, ya que establece que para alcanzar alguno de los objetivos de salud pública o de protección al medio ambiente deben utilizarse medios proporcionales a sus capacidades. Sí, proporcionales.

Asimismo, este caso es importante porque pone en evidencia algunas de las fricciones existentes en la relación entre los acuerdos regionales de libre comercio y el sistema OMC. También es relevante porque aclara que ninguna resolución de un tribunal arbitral internacional ni

* Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y Master en Derecho Internacional Público por la Queen Mary University of London.

¹ En este comentario al referirnos al medio ambiente nos referimos a la salud de los animales y a la preservación de los vegetales en el sentido del artículo XX (b) del GATT de 1994. No obstante, somos conscientes de que el apartado (g) de dicho artículo comprende medidas respecto de los recursos naturales, y por lo tanto es más amplio en su ámbito material de validez. Sin embargo, este último inciso no fue objeto de estudio en el presente caso que comentamos.

ninguna resolución judicial nacional podrán ser utilizadas como excusa para incumplir una obligación OMC si dichas resoluciones no contribuyen al logro de un objetivo válido.

Este comentario busca hacer una radiografía del análisis seguido por el OA y de los argumentos que confirman a los Miembros OMC la facultad de proteger la vida y la salud humanas y el medio ambiente por encima de los intereses comerciales.

2. La medida

La medida impugnada por la Unión Europea² (UE) es el artículo 40 de la Portaria N° 14 de la Secretaria de Comércio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior del Brasil de fecha 17 de noviembre de 2004. El texto de este artículo establece:

Artículo 40 - *No se otorgarán licencias de importación para neumáticos recauchutados y usados, ya sea como producto de consumo o materias primas, clasificados bajo el código NCM 4012, excepto para neumáticos remoldeados, clasificados bajo los códigos NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 y 4012.19.00, originarios y procedentes de los Estados miembros del MERCOSUR al amparo del Acuerdo de Complementación Económica N° 18. (énfasis añadido).*

3. Antecedentes

El comercio de neumáticos recauchutados, es decir llantas de segunda mano, es el tema central de la presente disputa. O como técnicamente lo describió el OA:

“Los neumáticos recauchutados son neumáticos usados que han sido reacondicionados para seguir siendo utilizados mediante la eliminación de la banda de rodadura gastada del esqueleto (la cubierta) y su sustitución por material nuevo en forma de una nueva banda de rodadura y, a veces, por material nuevo que cubre también partes o la totalidad de los flancos. Los neumáticos recauchutados pueden producirse por diversos métodos, uno de los cuales se denomina "remoldeado"³.

El problema inherente de los neumáticos es que estos “se convierten en desechos cuya acumulación se relaciona con riesgos para la salud y la vida de las personas y los animales y la preservación de los vegetales. [Por ejemplo, los] riesgos específicos para la vida y la salud de las personas incluyen [...] la transmisión del dengue, la fiebre amarilla y el paludismo por mosquitos que utilizan los neumáticos como criaderos; y [...] la exposición de las personas a las emisiones tóxicas derivadas de los incendios de neumáticos, que pueden causar pérdida de memoria de corto plazo, discapacidades para el aprendizaje, supresión del sistema inmunitario, problemas cardiovasculares, pero también cáncer, mortalidad prematura, reducción de las funciones pulmonares, supresión del sistema inmunitario, efectos respiratorios y problemas cardíacos y torácicos”⁴.

El OA comenzó puntualizando el orden del método a seguir:

“el análisis de una medida en el marco del artículo XX del GATT de 1994 es doble. En primer lugar, el grupo especial debe examinar si la medida corresponde al menos a una de las 10 excepciones enunciadas en el artículo XX. En segundo lugar,

² A partir del 1 de enero de 2011 el nombre oficial de las Comunidades Europeas en la OMC es el de Unión Europea. El presente comentario versa sobre un caso anterior a esta fecha, y por lo tanto su nombre oficial incluye la denominación de Comunidades Europeas.

³ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Brasil — Neumáticos recauchutados)*, WT/DS332/AB/R, 3 de diciembre de 2007, párrafo 118.

⁴ *Ibidem*, párrafo 119.

debe analizarse la cuestión de si la medida en litigio cumple los requisitos del preámbulo del artículo XX”⁵.

En este sentido, el Brasil argumentó que la prohibición a las importaciones de neumáticos recauchutados estaba protegida por el artículo XX (b) del GATT. Por lo tanto, el OA procedió a analizar si la medida era “necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales”.

4. Análisis sobre si la medida es "necesaria" para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales

Respecto a esta cuestión, los tres puntos impugnados por la UE fueron los siguientes:

1. La UE sostiene que el Grupo Especial (GE) aplicó un "criterio jurídico erróneo" al evaluar la contribución de la prohibición de las importaciones al logro de los fines perseguidos con ella, y que no sopesó apropiadamente esta contribución en su análisis de la necesidad de la prohibición de las importaciones.
2. El GE no definió correctamente las alternativas a la prohibición de las importaciones e incurrió en error al excluir posibles alternativas propuestas por la UE.
3. El GE en su análisis en el marco del apartado b) del artículo XX no llevó a cabo un proceso, o en todo caso no llevó a cabo un proceso adecuado, de sopesar y confrontar los factores pertinentes.

Cabe aclarar que a pesar de la similitud entre el punto 3 y el punto 1, éste último, es decir, el sopesamiento de la contribución, tan sólo es uno de los factores contenidos en el punto 3.

Respecto al primer punto, cabe mencionar antes que nada, que el nivel de protección escogido por el Brasil es la "reducción, en la máxima medida posible, de los riesgos derivados de la acumulación de neumáticos de desecho". El OA observó que cada Miembro de la OMC tiene la competencia de fijar “los objetivos ambientales o de salud pública que trata de alcanzar [...], al igual que el nivel de protección que desea lograr con la medida o la política que elige adoptar”⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, la UE afirma que el GE incurrió en error ya que no cuantificó la reducción de los neumáticos de desecho resultante de la prohibición de las importaciones. Como veremos, este fue uno de los problemas principales a los que se enfrentó el GE y el OA.

5. Análisis de necesidad del artículo XX (b) del GATT de 1994

5.1. Proceso en que se sopesa y confronta inherente en el análisis de necesidad del art. XX (b)

El OA revisó otros casos en donde se ha usado el examen de necesidad⁷, que a pesar de no involucrar el artículo XX (b) materia de controversia en este caso, sí involucraban al artículo XX (d) del GATT y al artículo XIV del GATS, los cuales se ocuparon del análisis de necesidad. El OA tomó dichos precedentes como contexto para determinar “si el Grupo Especial incurrió en error al evaluar *la contribución* de la prohibición de las importaciones al logro del objetivo perseguido con

⁵ *Ibidem*, párrafo 139.

⁶ *Ibidem*, párrafo 140.

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (Estados Unidos – Juegos de Azar)*, WT/DS285/AB/R y Corr.1, adoptado el 20 de abril de 2005.

ella, y en la forma en que sopesó esa contribución en su análisis de la necesidad de la prohibición de las importaciones” (énfasis añadido).

La primera conclusión a la que este comentario llega es que el análisis de necesidad del artículo XX (b), XX (d) del GATT y XIV del GATS se rige por la misma metodología de análisis, y es la que a continuación estudiaremos con detalle.

En primer lugar, cabe recalcar que el OA en este caso reconoció que en *Estados Unidos - Juegos de azar* el OA declaró que el proceso de sopesar y confrontar inherente al análisis de la necesidad:

- i. Comienza con una evaluación de la 'importancia relativa' de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada" e implica también una evaluación de otros factores.
- ii. Entre esos factores caben habitualmente "la contribución de la medida al logro de los fines que persigue", y
- iii. El análisis de "la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional"⁸.

Así las cosas, el análisis del artículo XX (b) debe comenzar con una valorización de los intereses o valores protegidos con la medida. Esta valorización incluye el análisis de varios factores, entre los que destacan primordialmente el estudio sobre la contribución de la medida al objetivo perseguido por ésta y su repercusión restrictiva en el comercio internacional.

5.1.1. Primer paso. Evaluación de la importancia relativa de los intereses o valores promovidos por la medida

En este caso, el OA coincidió con el GE, quien “constató que el objetivo de la prohibición de las importaciones es la reducción de "la exposición a los riesgos para la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales derivados de la acumulación de neumáticos de desecho" y tomó nota de que "pocos intereses son más 'vitales' e 'importantes' que la protección de los seres humanos frente a riesgos sanitarios, y de que la protección del medio ambiente no es menos importante"⁹.

5.1.2. Segundo paso. El problema de la cuantificación de la contribución de la medida

La UE argumentó en su apelación que el GE erró en su análisis al no cuantificar el nivel de contribución de la medida impuesta por el Brasil.

El OA, siguiendo el razonamiento utilizado en el caso *CE – Amianto*¹⁰, llegó a la conclusión de que la contribución de una medida al logro del objetivo perseguido con ella puede evaluarse en términos cuantitativos o cualitativos. Por lo tanto, no existe una obligación del GE ni del OA de cuantificar la contribución de la prohibición de las importaciones a la reducción del número de neumáticos de desecho, y a determinar la cantidad en la que se reducirían los neumáticos de desecho como resultado de la prohibición de las importaciones.

Más aún, el OA expresó su concordancia con el análisis y la conclusión del GE, es decir, que la prohibición de las importaciones puede hacer una contribución y puede tener por resultado una reducción de la exposición a los riesgos a los que se pretende hacer frente.

Es muy interesante ver cómo el Brasil construyó su objetivo: la protección de la salud pública y el medio ambiente *al máximo grado posible* de los riesgos de la exposición a neumáticos de desecho. El GE y el OA aceptaron este objetivo como válido. La lección es elocuente. Los

⁸ Cfr. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de Azar*, 20 de abril de 2005, párrafo 306.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, 3 de diciembre de 2007, párrafo 144.

¹⁰ Véase Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (CE – Amianto)*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.

Miembros pueden crear medidas generales, de conformidad con el artículo XX (b) del GATT, las cuales legítimamente protejan los valores ambientales y de salud pública ahí enlistados.

Sin embargo, el tener un objetivo válido no implica que una medida es “necesaria” de conformidad con el artículo XX (b) del GATT. Entre otros factores también está el análisis de la “repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional”.

5.1.3. Tercer paso. Análisis de las restricciones al comercio causadas por la medida

La contribución de una medida puede ser probada con evidencia de hechos pasados, presentes y/o incluso proyecciones futuras. El OA utilizó como ilustración el caso de las acciones emprendidas para contrarrestar el cambio climático¹¹.

En palabras del OA, se “puede llegar a la conclusión de que una prohibición de las importaciones es necesaria sobre la base de la demostración de que la prohibición de las importaciones en litigio es adecuada para hacer una contribución importante al logro de su objetivo. Esa demostración puede consistir en proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes”¹².

El OA llegó a la conclusión de que el análisis cualitativo de la prohibición de importación de neumáticos es adecuado para producir una contribución material al objetivo de reducir riesgos por la acumulación de neumáticos de desecho por las siguientes razones: se generarán menos neumáticos de desecho, además de que el Brasil ha elaborado y aplicado una estrategia integral, de la cual hay que subrayar que la prohibición de importación es el “elemento clave”. Adicionalmente dicha estrategia es complementada con otras medidas¹³ para ocuparse de los neumáticos de desecho.

5.2. Análisis de posibles alternativas a la prohibición a la importación

Basándose en el caso *Estados Unidos - Juegos de azar*, el OA explicó los pormenores del procedimiento de análisis de alternativas a la prohibición de importación:

“Para determinar si una medida es “necesaria” en el sentido del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, un grupo especial debe evaluar todos los factores pertinentes, en especial el alcance de la contribución al logro del objetivo de una medida y el grado de restricción del comercio que implica, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o valores en juego. Si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas a ella que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido”¹⁴.

¹¹ “Reconocemos que sólo es posible hacer frente a algunos problemas complejos ambientales o de salud pública con una política global que comprenda una pluralidad de medidas en interacción. A corto plazo, podría resultar difícil separar la contribución a los objetivos ambientales o de salud pública de una medida concreta de los imputables a las demás medidas que forman parte de la misma política global. Además, los resultados de determinadas acciones -por ejemplo de medidas adoptadas para atenuar el calentamiento global y el cambio climático, o de determinados actos preventivos encaminados a reducir la incidencia de enfermedades que sólo pueden manifestarse después de transcurrido un cierto período- sólo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo”. Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, 3 de diciembre de 2007, párrafo 151.

¹² *Idem*.

¹³ “Esa estrategia global incluye, no sólo la prohibición de las importaciones, sino también la prohibición de las importaciones de neumáticos usados, así como el plan de recogida y eliminación adoptado por la Resolución [del *Conselho Nacional do Meio Ambiente*] CONAMA 258/1999, [...] que obliga a los fabricantes e importadores nacionales de neumáticos nuevos a hacerse cargo de la eliminación segura de los neumáticos de desecho en determinadas proporciones. Por su parte, la Resolución CONAMA 258/1999, modificada en 2002, [obliga] a los fabricantes e importadores de neumáticos nuevos a recoger y eliminar neumáticos de desecho en una proporción de cinco neumáticos de desecho por cada cuatro neumáticos nuevos”. *Ibidem*, párrafo 154.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 156.

No obstante lo anterior, el OA recordó que dichas medidas alternativas deben siempre respetar que el Miembro demandado mantenga el derecho a lograr el nivel de protección que desee con respecto al objetivo perseguido.

Dicho lo anterior, el OA continuó su análisis y procedió a estudiar las medidas alternativas propuestas por la UE, no sin antes clarificar que “una medida alternativa no está 'razonablemente al alcance' cuando es simplemente de naturaleza teórica, por ejemplo cuando el Miembro demandado no puede adoptarla, o cuando la medida impone una carga indebida a ese Miembro, como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes”. Esta salvedad es importante, pues como veremos a continuación, el último punto fue una de las bases de la argumentación del OA para rechazar algunas de las alternativas propuestas por la UE.

En este sentido, el OA volvió a coincidir con la conclusión del GE, quien señaló que las posibles medidas alternativas identificadas por la UE para evitar la *generación* de neumáticos de desecho son más bien medidas complementarias, las cuales el Brasil ya está aplicando.

Respecto a las alternativas referentes a diferentes métodos de eliminación de llantas de desecho propuestos por la UE, el OA re-examinó: i) el depósito en vertederos; ii) el almacenamiento; iii) la incineración de los neumáticos de desecho en hornos de cemento e instalaciones similares; y iv) el reciclado de material. El OA consideró que dichas alternativas, aunque se realicen en condiciones controladas, plantean riesgos para la salud de las personas similares o adicionales a los que el Brasil trata de reducir mediante la prohibición de las importaciones. Por esta razón, estas prácticas no constituyen alternativas razonablemente disponibles.

Más aún, el OA sentenció que:

“la capacidad de un país para aplicar medidas correctivas que resulten especialmente costosas o requieran tecnologías avanzadas [como en este caso lo son la alternativa propuesta para el reciclaje de neumáticos de desecho], puede ser pertinente a la evaluación de si esas medidas o prácticas constituyen alternativas razonablemente disponibles a una medida preventiva que, como la prohibición de las importaciones, no implique "costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes"¹⁵.

Este último punto es de especial importancia para los países en desarrollo, puesto que parece ser que el criterio establecido por el OA para la consecución de fines como la protección al medio ambiente (y aquí entrarían las medidas, por ejemplo, para combatir el cambio climático) y la protección a la salud, es el de la proporcionalidad entre los medios utilizados y las posibilidades materiales o “capacidades” de cada Miembro de la OMC de acceder a dichos medios. Sin duda, aquí el análisis deberá hacerse caso por caso.

5.3. El proceso de sopesar y confrontar los factores pertinentes realizado por el GE

El OA hizo nuevamente eco de las constataciones del GE, y recordó que éste evaluó la importancia de los intereses correspondientes al objetivo especificado por el Brasil. El GE constató que la acumulación de neumáticos de desecho provoca entre otros riesgos, dengue y paludismo, y que el objetivo de proteger la vida y la salud de las personas frente a esas enfermedades “es vital y de la máxima importancia”.

Más aún, así como el GE, el OA consideró que “a la luz de la importancia de los intereses protegidos por el objetivo de la prohibición de las importaciones, [...] *la contribución de ésta al logro de su objetivo tiene mayor importancia que su carácter restrictivo del comercio*”¹⁶ (énfasis añadido).

En virtud de lo anterior, el OA concluyó que el GE no incurrió en error en la forma en que llevó a cabo su análisis correspondiente al apartado b) del artículo XX del GATT:

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 171.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 179.

“En síntesis, la conclusión del Grupo Especial de que la prohibición de las importaciones es necesaria fue resultado de un proceso que incluyó, en primer lugar, el examen de la contribución de esa prohibición al logro de su objetivo en relación con la restricción que impone al comercio, a la luz de los intereses en juego; y, en segundo lugar, la comparación de las alternativas posibles, incluidos los riesgos que conllevan, con la prohibición de las importaciones. El proceso analítico que siguió el Grupo Especial está en conformidad con el enfoque definido anteriormente por el Órgano de Apelación. *La operación de sopesar y confrontar debe efectuarse en forma íntegra, reuniendo todas las variables de la ecuación y evaluándolas unas en relación con otras después de examinarlas individualmente, para llegar a un juicio global*”¹⁷ (énfasis añadido).

5.4. El análisis de la necesidad y el artículo 11 del ESD

La UE sostiene que el GE no realizó una evaluación objetiva de los hechos al evaluar la contribución de la prohibición de las importaciones al logro de su objetivo y en su examen de las alternativas propuestas, es decir, la UE afirma que el GE actuó de manera contraria a lo dispuesto por el artículo 11 del ESD en su análisis de la "necesidad" de la prohibición de las importaciones.

5.4.1. El artículo 11 del ESD y el análisis de la contribución de la prohibición de las importaciones al logro de su objetivo realizado por el GE

El artículo 11 contiene la obligación dirigida a los grupos especiales de hacer “una evaluación objetiva del asunto que se [les] haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos”. El OA reiteró que esta evaluación “supone, entre otras cosas, que un grupo especial debe examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan fundamento adecuado en esas pruebas”¹⁸.

En este sentido, el OA ahondó en las obligaciones y facultades de los grupos especiales y señaló que:

“Un grupo especial está facultado "para determinar que [debe] atribuirse más peso a ciertos elementos de las pruebas que a otros: eso constituye la esencia de la tarea de apreciación de la prueba", y el Órgano de Apelación no debe interferir "sin motivos bien fundados con el ejercicio de las facultades discrecionales que corresponden al Grupo Especial”¹⁹.

El OA concluyó que en este caso, el GE simplemente otorgó un mayor peso a las pruebas ofrecidas por el Brasil que indicaban que en ese país se están recauchutando neumáticos usados nacionales y que los neumáticos fabricados en el Brasil son adecuados para el recauchutado. Por estas razones, el OA afirmó que el GE, al proceder de este modo, no rebasó los límites de sus facultades discrecionales como instancia a la que corresponde la apreciación de las pruebas.

5.4.2. El artículo 11 del ESD y el examen de las posibles alternativas a la prohibición de las importaciones realizado por el GE

La UE sostiene que el GE erró al no hacer una evaluación objetiva de los hechos conforme a lo que exige el artículo 11 del ESD al analizar las posibles alternativas a la prohibición de las importaciones.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 182.

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 185.

¹⁹ *Ibidem*, párrafo 186.

El OA repitió sus argumentos arriba mencionados respecto a la facultad y discrecionalidad que los grupos especiales tienen de calibrar cada una de las pruebas ofrecidas por las partes. Respecto al argumento de la UE relacionado con los costos prohibitivos de una medida alternativa, el OA señaló que “[e]n cualquier caso, lo que invalida estas alternativas, [...] no son los costos elevados que conllevan en sí mismos, sino el efecto de dichos costos, que limitan [en este caso, en el Brasil] la capacidad de eliminación que ofrecen esos métodos”²⁰ (énfasis añadido).

5.5. Conclusiones generales acerca del análisis de la necesidad del artículo XX (b) del GATT

El OA enunció un par de conclusiones que por su claridad argumentativa y fino razonamiento consideramos apropiado reproducir literalmente.

Acerca de las tensiones entre comercio internacional y la protección a la salud humana y al medio ambiente, dijo:

“A esta altura puede resultar conveniente resumir nuestras opiniones sobre la cuestión de si la prohibición de las importaciones es o no necesaria en el sentido del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Esta cuestión ilustra las tensiones que pueden existir entre el comercio internacional, de un lado, y algunos problemas relacionados con la salud pública y el medio ambiente derivados de las dificultades que comporta gestionar los desechos generados por un producto al término de su vida útil, de otro. *A este respecto, el principio fundamental es el derecho que tienen los Miembros de la OMC de determinar el nivel de protección que consideren apropiado en cada situación*”²¹ (énfasis añadido).

Respecto al examen de contribución, el OA afirmó:

“Otro elemento decisivo del análisis de la necesidad de una medida con arreglo al apartado b) del artículo XX es su contribución al logro de su objetivo. Existe esa contribución cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo que se persigue y la medida en cuestión. Para que una medida pueda calificarse de necesaria no es preciso que sea indispensable. Sin embargo, su contribución al logro del objetivo debe ser importante, no meramente marginal ni insignificante, sobre todo si la medida de que se trata es tan restrictiva del comercio como una prohibición de las importaciones. *Por lo tanto, la contribución de la medida debe confrontarse con el grado en que restringe el comercio, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o los valores a que responde el objetivo perseguido con ella.* Como elemento fundamental de una política general encaminada a reducir los riesgos derivados de la acumulación de neumáticos de desecho, la prohibición de las importaciones hace esa contribución importante al logro de su objetivo. Del mismo modo que el Grupo Especial, consideramos que esa contribución es suficiente para concluir que la prohibición de las importaciones es necesaria, ante la falta de alternativas razonablemente disponibles”²² (énfasis añadido).

²⁰ *Ibidem*, párrafo 207.

²¹ *Ibidem*, párrafo 210.

²² *Idem*.

6. Interpretación y aplicación por el GE del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994

6.1. La exención MERCOSUR y el preámbulo del artículo XX del GATT

Después de haber confirmado que la prohibición a las importaciones estaba provisionalmente justificada bajo el artículo XX b) del GATT, el OA examinó si la aplicación de dicha medida cumplía con los requisitos del preámbulo del artículo mencionado.

Expresamente el preámbulo hace mención sobre la aplicación de una medida que normalmente sería inválida (como la prohibición a las importaciones) pero que está exceptuada por alguno de los apartados del artículo XX. El preámbulo impone dos requisitos: primeramente, la aplicación de la medida excepcional no debe aplicarse de forma que constituya “una discriminación arbitraria o injustificable” entre países que prevalezcan las mismas condiciones; en segundo lugar, la medida no debe aplicarse de manera que constituya “una restricción encubierta al comercio internacional”.

Así las cosas, el OA procedió a examinar si la exención de la prohibición de las importaciones en favor de los neumáticos remoldeados originarios de los demás países del MERCOSUR dio lugar a una discriminación en la aplicación de esa prohibición.

6.1.1. La exención MERCOSUR y la discriminación arbitraria o injustificable

Hasta este momento procesal, es notable que el OA ha avalado prácticamente todas las metodologías y criterios utilizados por el GE. Esto sin duda habla de la conformación de un sólido GE para este caso²³. Sin embargo, el GE erró en su interpretación del preámbulo del artículo XX del GATT debido a que incorrectamente se valió de un criterio cuantitativo. Más aún, el asunto de relevancia que subyace en este punto, como veremos, es el de la relación entre acuerdos regionales de libre comercio y el sistema OMC. Adelantamos que ni el GE ni el OA quisieron abordar directamente este punto.

Así pues, fundando su recomendación en los informes del OA en *Estados Unidos - Gasolina, Estados Unidos - Camarones y Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 – Malasia)*²⁴, el OA enfatizó que “el análisis de si la aplicación de una medida da lugar a una discriminación arbitraria o injustificable debe centrarse en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para explicar su existencia”²⁵.

En el caso que nos atañe, el Brasil expuso que adoptó la exención MERCOSUR en virtud de una resolución de un tribunal arbitral del MERCOSUR, caso iniciado y empujado por el Uruguay. El tribunal MERCOSUR concluyó que la restricción del Brasil a la importación de neumáticos remoldeados infringía sus obligaciones en el marco del MERCOSUR debido a que constituía una nueva restricción al comercio prohibida en ese foro. En opinión del OA:

“...la resolución del tribunal arbitral del MERCOSUR no es un fundamento aceptable para la discriminación porque no guarda relación con el objetivo legítimo de la prohibición de las importaciones comprendido en el ámbito del apartado b) del artículo XX, y va incluso en contra de ese objetivo. En consecuencia, consideramos que la exención MERCOSUR, que está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX, ha dado lugar a que la prohibición de las importaciones se aplique en forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificable.

²³ Este GE estuvo integrado por Mitsuo Matsushita (Presidente), Donald M. McRae y Chang-Fa Lo.

²⁴ Véase Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, 3 de diciembre de 2007, párrafo 226.

El Grupo Especial consideró que la exención MERCOSUR tenía por resultado una discriminación entre los países del MERCOSUR y otros Miembros de la OMC, pero que esa discriminación solamente sería "injustificable" si las importaciones de neumáticos recauchutados que entraban al Brasil "tuvieran lugar en cantidades tales que el logro del objetivo de la medida en litigio quedara significativamente menoscabado"²⁶.

Sobre el análisis de la relación causa-efecto entre la justificación de la discriminación y sus efectos, el OA dijo:

“en ciertos casos los efectos de la discriminación pueden ser un factor pertinente, *entre otros*, para determinar si la causa o el fundamento de la discriminación es aceptable o defendible y, en última instancia, si la discriminación es justificable. [Sin embargo,] el enfoque del Grupo Especial, [...] se centró *exclusivamente* en la relación entre los efectos de la discriminación y su carácter justificable o injustificable”²⁷ (énfasis añadido).

Más importante aún es lo dicho por el OA respecto a la posibilidad de estar frente a una discriminación tomada racionalmente:

“Al igual que el Grupo Especial, creemos que la decisión del Brasil de actuar en cumplimiento de la resolución del MERCOSUR no puede considerarse "caprichosa" o "aleatoria". [...] Sin embargo, *la discriminación puede ser resultado de una decisión o un comportamiento racional y seguir siendo "arbitraria o injustificable" porque se explica con fundamentos que no guardan relación con el objetivo de una medida provisionalmente justificada al amparo de uno de los apartados del artículo XX, o va en contra de ese objetivo*”²⁸ (énfasis añadido).

El OA concluyó que las normas sustantivas del MERCOSUR y el GATT no son necesariamente conflictivas entre sí, puesto que el Tratado de Montevideo, el cual dio vida al MERCOSUR, incluye una norma similar a la excepción contenida en el artículo XX b) del GATT. El OA observó que a pesar de esto, el Brasil no avanzó esta excepción como defensa procesal en el arbitraje del MERCOSUR. No obstante, el OA concluyó que no podía adivinar las motivaciones por las cuales Brasil no avanzó el artículo 50 (d) del Tratado de Montevideo. En este sentido, el OA hizo nuevamente gala de su olfato diplomático, puesto que no sería políticamente correcto hacer un juicio de valor sobre las estrategias legales adoptadas por el Brasil ante el tribunal arbitral MERCOSUR.

6.1.2. La exención MERCOSUR y la restricción encubierta al comercio internacional

En los hechos, como bien lo constató el GE, gracias a la exención MERCOSUR de prohibición a las importaciones, “es perfectamente posible que las empresas de recauchutado de países del MERCOSUR se beneficien de la exención para obtener cubiertas [de neumáticos usados] en el extranjero (por ejemplo en las Comunidades Europeas), recauchutarlas localmente, y después exportar el neumático recauchutado al Brasil en virtud de la exención MERCOSUR”. A pesar de haber realizado tan importante constatación, el GE volvió a errar, ya que acudió a su criterio cuantitativo y señaló que “si las importaciones de países del MERCOSUR tuvieran lugar *en cantidades significativas*, la prohibición de las importaciones se aplicaría en una forma que

²⁶ *Ibidem*, párrafo 228.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 230.

²⁸ *Ibidem*, párrafo 232.

constituiría una restricción encubierta al comercio internacional²⁹ (énfasis añadido).

6.2. Las importaciones de neumáticos usados en virtud de mandamientos judiciales brasileños y el preámbulo del artículo XX del GATT

Además de la excepción al bloque MERCOSUR en la importación de llantas usadas, un buen número de personas en Brasil continuaban importándolas en virtud de diversos mandamientos judiciales (de naturaleza similar a lo que en México conocemos como “amparos”) otorgados en sus cortes brasileñas.

El GE constató que estas importaciones eran “significativas” y por lo tanto el objetivo declarado del Brasil estaba siendo significativamente menoscabado. Consecuentemente, la medida en litigio se estaba aplicando en forma que constituye un medio de discriminación injustificable.

El OA repitió los argumentos arriba mencionados respecto al error de aplicar un criterio cuantitativo y señaló que la discriminación injustificable realmente se estaba dando porque la medida, es decir, los mandamientos judiciales, no tenían relación con el objetivo de protección a la salud y al medio ambiente impuesto por el Brasil. Más aun, el OA observó que dichos mandamientos judiciales iban en contra de dicho objetivo.

Por lo tanto, el OA concluyó que tanto la excepción al bloque MERCOSUR así como las excepciones concedidas en virtud de mandamientos judiciales brasileños respecto de importaciones de neumáticos de segunda mano, eran aplicadas de manera discriminatoria y por lo tanto tenían que ser puestas de conformidad con sus obligaciones bajo el GATT de 1994.

7. Comentario final

Gracias al arbitraje MERCOSUR y a los citados mandamientos judiciales, los productores e importadores brasileños y sus aliados comerciales del MERCOSUR resultaron ganadores de la exclusividad de un mercado de neumáticos de segunda mano. Por su lado, la UE perdió un mercado apetitoso de llantas usadas, el mercado brasileño. No sólo eso, la UE también resultó perdedora de un depósito de basura, es decir, un depósito de neumáticos usados ubicado fuera de su jurisdicción.

Sin embargo, el OA decidió dar un revés a estas situaciones, pero en nuestra opinión no por una cuestión de preservar mercados para los europeos sino por una cuestión netamente de supervivencia y jerarquización del sistema jurídico de la OMC. Cualquier sistema jurídico que se jacte de ser autosuficiente y autosustentable tiene que proclamar su primacía respecto de otros sistemas afines. Esta primacía del sistema OMC ha sido reafirmada en diferentes arenas, como por ejemplo por la Conferencia Ministerial³⁰, el órgano de adopción de decisiones más importante de la OMC.

Sin duda alguna, el tema de la relación entre acuerdos regionales y la OMC es muy interesante. La erosión del principio de nación más favorecida y la facultad que tienen los Miembros de firmar acuerdos regionales son temas inherentes a esta discusión. Habiendo tanto en juego, lo cierto es que los Miembros no han podido ponerse de acuerdo en cómo aclarar esta relación, y por esta razón es probable que ni el GE ni el OA en el caso *Brasil-Neumáticos* quisieran analizar este espinoso asunto.

No obstante, lo que podemos deducir de las constataciones del OA es que un laudo arbitral internacional no excusará la imposición de una medida discriminatoria. Es la misma lógica aplicada a las resoluciones judiciales nacionales utilizadas como pretexto para no cumplir con obligaciones

²⁹ *Ibidem*, párrafo 237.

³⁰ “[...] En vista de la expansión y la amplitud de los acuerdos regionales, es importante analizar si es preciso aclarar más el sistema de derechos y obligaciones de la OMC en relación con los acuerdos comerciales regionales. *Reafirmamos la primacía del sistema de comercio multilateral, que incluye un marco para el desarrollo de los acuerdos comerciales regionales*, y renovamos nuestro compromiso de asegurar que los acuerdos comerciales regionales sean complementarios de aquél y compatibles con sus normas” (énfasis añadido). Declaración Ministerial de la OMC, Singapur, 1996, WT/MIN(96)/DEC, párrafo 7.

internacionales. Consecuentemente, ni la división de poderes de un país ni un laudo arbitral internacional podrán ser usados exitosamente como justificantes de medida discriminatoria.

Finalmente, este comentario busca también hacer una llamada de atención. El comercio internacional de neumáticos de segunda mano no sólo se da en el contexto Brasil-Unión Europea. Anualmente, México importa un par de millones de neumáticos usados de Estados Unidos³¹, y es justamente por esta razón por la que es urgente revisar las políticas públicas relacionadas con la importación de neumáticos de reuso, las políticas en materia de disposición de llantas de desecho y en salud pública.

³¹ Este número es una aproximación hecha por este comentarista e incluye las cifras oficiales de las importaciones legales así como estimaciones sobre las importaciones ilegales. La dificultad de realizar estimaciones sobre el contrabando de llantas usadas es una de las limitantes para aventurarse a ofrecer un número más certero. *Cfr.* “El Flujo de Llantas Usadas y de Desecho en la Región Fronteriza de California y México”, Junta para el Manejo Integral de Residuos de California, Instituto de Estudios Regionales de las Californias, Universidad Estatal de San Diego, agosto 2009, <http://www.calrecycle.ca.gov/Publications/Tires/2009018Sp.pdf> (consultado el 13 de febrero de 2011).