

Repercusiones de las normas privadas en el comercio agroalimentario

Francisco Fabián Sáez¹

Resumen

La globalización supone, simultáneamente, nuevas oportunidades y desafíos. De igual modo, goza de reconocimiento la importancia de la seguridad jurídica, entendida como la certeza de las normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación. Precisamente, primero el GATT y luego la OMC han establecido una serie de pautas tendientes a reducir los obstáculos al comercio internacional y a dotarlo de mayor transparencia.

En este contexto, el comercio de productos agroalimentarios se ha expandido de manera significativa a lo largo de las últimas décadas. Paralelamente, se observa una proliferación y profundización de normas sobre inocuidad y calidad de los alimentos. Estas normas, tradicionalmente vistas como una responsabilidad casi exclusiva del sector público, van nutriéndose de una diversidad de esquemas privados "voluntarios" cuyo ámbito involucra aspectos medioambientales, laborales, sociales y de bienestar animal. El presente trabajo expone brevemente los motivos que dieron lugar a su surgimiento y el impacto que se les atribuye.

Finalmente, sobre la base de los Acuerdos de la OMC, se discute el margen de responsabilidad que tendrían o no los gobiernos a fin de que esas normas no impidan el acceso a los mercados. Por un lado, existen antecedentes jurisprudenciales que evidencian que, reunidas ciertas condiciones, es posible atribuir a un gobierno acciones realizadas por particulares. Por otro lado, al mismo tiempo, no hay una interpretación unánime respecto del alcance de ciertas disposiciones de los Acuerdos y de las consecuentes obligaciones gubernamentales.

1. Introducción

En los últimos años se observa una proliferación y profundización de las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF), tanto en el sector público como privado, en un contexto caracterizado por la constante expansión de las normas que se aplican a los productos agrícolas y alimentarios (World Bank, 2005). Si bien gran parte de la literatura económica se ha centrado en el rol de las normas públicas sobre calidad e inocuidad, no sólo como instrumentos de política sino también como barreras no arancelarias al comercio, las normas privadas están desempeñando un papel creciente en la gobernancia de las cadenas agrícolas y de suministro de alimentos (Henson, 2006). En la actualidad resulta insuficiente cumplir las reglamentaciones del país importador; los productos deben también satisfacer las prescripciones de los sistemas de normas voluntarias del sector privado, a menudo más complejas y estrictas que las gubernamentales (OECD, 2006c; Henson y Reardon, 2005). En efecto, aun cuando la inocuidad alimentaria ha sido vista tradicionalmente como una cuestión reservada a la reglamentación gubernamental (Antle, 1995; Caswell y Johnson, 1991), los sistemas agroalimentarios contemporáneos están dominados por una plétora de normas privadas (OMC,

¹Técnico de la Coordinación de Relaciones Internacionales del SENASA. Las opiniones vertidas no comprometen a la institución en la cual se desempeña.

2007e). A su vez, se espera que estas normas aumenten en complejidad, dada la tendencia, especialmente en el sector privado, a aunar normas sobre inocuidad, calidad, medio ambiente y aspectos socio-laborales (World Bank, 2005).

Podría decirse entonces que los estándares voluntarios, los códigos asociados y los esquemas de certificación se presentan como un punto emblemático de la globalización. Pese a ser voluntarias, en la práctica comercial esas normas privadas resultan obligatorias, operando como una prescripción de facto (Henson y Northen, 1998; Fulponi, 2006). Como consecuencia, las normas privadas, más que las públicas, están constituyéndose en los principales conductores de los sistemas agroalimentarios (Henson y Hooker, 2001). Precisamente, el uso creciente de normas privadas ha suscitado preocupación respecto del acceso a los mercados por parte de los productores de los países en desarrollo, en particular cuando hablamos de pequeños y medianos productores.

Haciéndonos eco de esas legítimas inquietudes, y sin desconocer que el impacto último de los esquemas de normas privadas dependerá de las particularidades de cada caso, la hipótesis en que se basa el presente trabajo es que esos esquemas constituyen, como regla general, un obstáculo no menor para los productores de economías subdesarrolladas. En atención a ello, una segunda hipótesis que guía estas páginas es que en el ámbito multilateral habría suficientes elementos jurídicos para no descartar, al menos *prima facie*, la posibilidad de responsabilizar a los gobiernos por los efectos restrictivos del comercio aun cuando se trate de actos de entidades privadas.

Con ambas hipótesis en mente, pasaremos a revisar lo escrito por quienes han dedicado atención a la temática y los informes elaborados por organismos internacionales, en especial aquellos que incluyen referencias a ejemplos concretos. Seguidamente, indagaremos en los textos de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con el propósito de identificar las disposiciones que pueden resultarnos de interés, sin omitir mencionar los antecedentes jurisprudenciales en la materia.

2. Perspectiva general sobre las normas privadas

2.1. Surgimiento y evolución de las normas privadas

Quizás, el supuesto más explícito para la aplicación de normas públicas es el de reducir los riesgos para la salud humana asociados con enfermedades transmitidas por los alimentos y/o para evitar que se induzca a error a los consumidores (Antle, 1995). De hecho, la falla de los mercados para satisfacer el nivel de protección deseado ha sido el principal motivo para el desarrollo de normas de carácter público (Henson, 2006). En este escenario, las empresas privadas se ven impulsadas a adoptar normas privadas cuando las normas públicas son inadecuadas o inexistentes, o los sistemas de control son ineficientes, actuando como un sustituto de instituciones públicas deficientes (Henson y Reardon, 2005).

Indudablemente, las preocupaciones de los consumidores con relación a la inocuidad y calidad de los alimentos están influenciadas por el grado de confianza que depositan en las normas públicas y en los correspondientes mecanismos de control. Los países europeos, en especial el Reino Unido, han tenido que trabajar duro para comenzar a recuperar la credibilidad de los consumidores después de serios acontecimientos ocurridos en los años 90 (World Bank, 2005). Por el contrario, los gobiernos de Canadá y Estados Unidos gozan de una confianza relativamente alta por parte de los consumidores (Caswell y Joseph, 2006).

Lo cierto es que las normas privadas se han desarrollado también en escenarios regidos por estrictas normas públicas. En tales casos, habría incentivos para que las empresas líderes desarrollen normas privadas a fin de diferenciarse de los competidores que actúan sobre la base de los requisitos fijados gubernamentalmente (Lutz *et al.*, 2000). En efecto, en alguna medida, las normas privadas están constituyéndose en el elemento predominante de diferenciación de los productos en mercados dominados crecientemente por una competencia basada en la calidad.

La evolución de las normas privadas refleja la preponderancia del “soft law” en la gobernanza de los sistemas económicos nacionales e internacionales así como la innovación de los sistemas regulatorios, incluyendo el recurso a la co-regulación (García Martínez *et al.*, 2005). En tal sentido, hay quienes opinan que las actividades de normalización de los gobiernos y del sector privado se apoyan mutuamente. Mientras las normas públicas se centran en el producto final, las normas privadas giran fundamentalmente en relación a los procesos y métodos de producción (Chia-Hui, 2006). Esta separación de objetivos aporta beneficios tanto para los legisladores gubernamentales como para quienes establecen normas privadas, al punto que esa relación podría caracterizarse como una “alianza tácita” (UNCTAD, 2007a).²

Por otra parte, las normas privadas actúan como instrumentos de coordinación de las cadenas de suministro, dando uniformidad a los requisitos aplicables a los diferentes proveedores que pueden hallarse dispersos en diferentes puntos geográficos (Henson y Reardon, 2005). En este sentido, las normas privadas reducen los costos de transacción y riesgos vinculados al aprovisionamiento (Caswell y Joseph, 2006). La construcción de confianza y reputación en torno a símbolos visibles de una marca estimula la credibilidad en las normas privadas entre los consumidores (Henson y Northen, 1998).

Sintetizando, la evolución de las normas privadas se explica por una multiplicidad de factores:

- la difusión de las preocupaciones relativas a la inocuidad de los alimentos y los problemas de confianza en los organismos de reglamentación;
- las prescripciones legales en virtud de las cuales las empresas han de demostrar la “diligencia debida” en la prevención de los riesgos relacionados con la inocuidad de los alimentos;
- la creciente atención que se presta a la “responsabilidad social de las empresas” y los esfuerzos de las empresas por reducir al mínimo los “riesgos de reputación”,³
- la “mundialización” de las cadenas de suministro y una tendencia a la integración vertical mediante la utilización de contratos directos entre los proveedores y los minoristas;
- la expansión de los supermercados en el comercio minorista de productos alimenticios, tanto nacional como internacionalmente; y
- la expansión mundial de las empresas de servicios del sector alimentario.

Dicho todavía más resumidamente, las normas privadas han evolucionado en respuesta a los desarrollos regulatorios y, más directamente, a las preocupaciones de los consumidores, así como instrumento de posicionamiento competitivo en mercados para productos agrícolas y alimentarios de alto valor (World Bank, 2005). Esta misma razón induce a pensar que las normas privadas continuarán evolucionando, incrementando sus exigencias y extendiéndose a un abanico más amplio de atributos (OECD, 2006c), por cuanto es de esperar que a medida que logren un nivel determinado de adopción las empresas procuren profundizarlas a fin de mantener cierta diferenciación de los competidores y de esa manera conservar una prima en el precio (Reardon y Farina, 2001).

2.2. Clasificación de las normas privadas

Según las estimaciones de la UNCTAD, el número de sistemas privados se eleva a 400 y sigue aumentando. La promulgación de normas privadas se ha dado sobre todo en países industrializados, particularmente en

² Cabe señalar que la tendencia al avance del “soft law” no es exclusiva del sector agrícola; por el contrario, el papel cada vez mayor de normas que se imponen de facto atraviesa muchos sectores de la economía (ver por ejemplo Farrell y Saloner, 1985; Katz y Shapiro, 1985) como parte de las tendencias generales de la organización industrial -concentración, búsqueda de economías de escala, implementación de nuevas formas de hacer negocios y otras- (OECD, 2006a).

³ No hay una definición acordada de la “responsabilidad social de las empresas”. Una de las definiciones en uso es: “El concepto de responsabilidad social de las empresas se define como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”. Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, Bruselas, 2 de julio de 2002, COM (2002) 347 final.

Europa; sin embargo, tales normas están diseminándose globalmente y extendiéndose incluso a países de ingresos medios y bajos (Reardon *et al.*, 2001).

Desde una perspectiva que podríamos llamar de alcance territorial, los sistemas van desde los elaborados para una empresa determinada hasta los sistemas colectivos internacionales, pasando por los sistemas colectivos nacionales, siendo ésta sólo una de las varias clasificaciones posibles. En líneas generales, los sistemas diseñados por empresas serían aplicados por éstas independientemente del país en que realicen operaciones. También a grandes rasgos, los sistemas colectivos nacionales son exigidos, al menos en principio⁴, sólo dentro de las fronteras de un determinado país, mientras que los sistemas colectivos internacionales son susceptibles de aplicación en diferentes países.

Una alternativa consiste en basarnos en los eslabones de la cadena de suministro a que se aplican, en cuyo caso nos encontraremos con normas aplicadas antes o después de la salida de la explotación agrícola; es decir, en la etapa primaria de producción o en la fase de elaboración/empaquetado. Otro criterio de diferenciación atiende a la cuestión que abordan u objetivo particular que persiguen respecto de la cadena de suministro. Esos objetivos pueden ser distintos y simultáneos (Reardon y Farina, 2001), como: calidad (aparición, higiene, sabor), inocuidad (residuos de plaguicidas o de medicamentos veterinarios, presencia microbiológica), autenticidad (garantía de origen geográfico o de utilización de un proceso tradicional), bondades del proceso de producción (protección del trabajador, bienestar animal, contaminación ambiental).

Los sistemas que figuran en el Cuadro 1 abarcan todas las categorías. Por ejemplo, mientras GlobalGAP es principalmente una norma aplicable antes de la salida de la explotación agrícola, la norma global del British Retail Consortium (BRC) y la International Food Standard (IFS) están destinadas a los establecimientos de embalaje y elaboración. Por último, la norma ISO 22005 aborda cuestiones específicas de la cadena de suministro.

Cuadro 1
Ejemplos de normas privadas

| | Etapa de la cadena de producción | |
|-------------------------------------|---|--|
| | Etapa primaria de producción | Elaboración / Empaquetado |
| Sistemas de empresas específicas | Tesco (Nature's Choice) Marks & Spencer (Field to Fork) Auchan (Filière Agriculture Raisonnée) Carrefour (Filière Qualité) | |
| Sistemas colectivos nacionales | QS Qualität Sicherheit Assured Food Standard | QS Qualität Sicherheit Assured Food Standard British Retail Consortium Global Standard for Food Safety |
| Sistemas colectivos internacionales | GlobalGAP ISO 22000: Food Safety Management Systems Safe Quality Food (SQF) 1000 Global Food Safety Initiative ISO 22005: Trazabilidad en la cadena de alimentación animal y humana | ISO 22000: Food Safety Management Systems HACCP Global Food Safety Initiative Safe Quality Food (SQF) 2000 International Food Standard ISO 22005: Trazabilidad en la cadena de alimentación animal y humana |

Fuente: elaboración propia en base a OMC (2007a) y Chia-Hui (2006)

⁴ Decimos "en principio" porque, por ejemplo, la Global Standard for Food Safety del British Retail Consortium (BRC) fue desarrollada originalmente por los minoristas del Reino Unido para ayudarlos a satisfacer su responsabilidad legal en virtud de la Food Safety Act de 1990. Sin embargo, en la página del BRC (www.brc.org.uk) se menciona que muchos minoristas europeos requieren que sus proveedores cuenten con la certificación BRC y se cita el caso de minoristas de Noruega, Suiza, Dinamarca y Finlandia.

En cualquier caso, al menos hasta el momento, los intentos de clasificación de las normas privadas parecen no superar más que una mera inquietud de esquematización y que pone de relieve la diversidad de sistemas a que se ven expuestos los productores. Al respecto, es dable mencionar que en julio de 2008, la Secretaría del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC circuló un cuestionario –documento JOB(8)/58– preguntando a los Miembros si dicho Comité debía centrarse en el análisis de alguna categoría en particular (esquemas colectivos internacionales, esquemas colectivos nacionales, esquemas de empresas). La casi treintena de países que dieron respuesta coincidió, palabras más, palabras menos, en que las tres categorías tienen el potencial de impactar en el comercio y que, por lo tanto, los únicos criterios de delimitación del trabajo del Comité debían ser: (i) que las normas privadas afecten o puedan afectar, directa o indirectamente,⁵ al comercio internacional, y (ii) que involucren aspectos sanitarios y fitosanitarios.

2.3. ¿Armonización de las normas privadas?

La proliferación de sistemas de normas nacionales e internacionales ha promovido cierta tendencia hacia las evaluaciones comparativas, lo que ha conducido, en algunos casos, a la armonización de las prescripciones.⁶ Por ejemplo, GlobalGAP cuenta con un procedimiento para evaluar otros sistemas confrontándolo al propio. Otro ejemplo es la Global Food Safety Initiative (GFSI). Esta Iniciativa se creó con la idea de evaluar los sistemas nacionales en el plano internacional a partir de un conjunto de elementos clave incluyendo, entre otros, sistemas de gestión de la inocuidad de los productos, buenas prácticas agrícolas, buenas prácticas de elaboración y HACCP -Análisis de Riesgos y Puntos Críticos de Control- (Chia-Hui, 2006). En tal sentido, hay quienes predicen que con un número cada vez menor de minoristas dominantes, se pasará de instituciones nacionales y/o regionales a organizaciones privadas internacionales de normalización (Casella, 2001).

Es importante agregar que el procedimiento de evaluación comparativa no es sencillo. Por ejemplo, para que una norma nacional sea formalmente reconocida como equivalente por GlobalGAP debe satisfacer todos los puntos de control y criterios de cumplimiento establecidos en las normas GlobalGAP. Por consiguiente, el concepto de equivalencia empleado en el contexto de una evaluación comparativa con las normas GlobalGAP es más estricto que el contemplado en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). De hecho, mientras los Acuerdos de la OMC utilizan el concepto de equivalencia de resultados, GlobalGAP se centra en la equivalencia de procesos (UNCTAD, 2007a). A su vez, la evaluación comparativa puede implicar la necesidad de introducir en los protocolos nacionales requisitos que tal vez no resulten pertinentes o apropiados a las condiciones locales y que creen obstáculos para los pequeños agricultores (UNCTAD, 2007a). Por lo pronto, la armonización parece ser la excepción más que la regla (World Bank, 2005).

2.4. ¿Cumplimiento facultativo?

Las normas privadas son de cumplimiento voluntario. Sin embargo, como observan Galperín y Pérez (2004), un requisito voluntario se puede transformar en una norma obligatoria si aumenta la presión por parte de organizaciones ecologistas, de defensa del consumidor, de sectores productores y también de los propios consumidores, para sancionar dicha norma por motivos no necesariamente fundados en evidencia científica sólida respecto de eventuales consecuencias negativas para la salud o el ambiente.

Si bien Galperín y Pérez (2004) parecen referirse a la sanción de una norma de carácter público, los argumentos son igualmente válidos para normas que se mantienen en la órbita privada. Cuando en determinado sector se impone la normativa privada, el margen de opción de que disponen los proveedores es limitado. De hecho, cuando un determinado producto o especificación alcanza una porción significativa de mercado,

⁵ Téngase presente que, en el marco del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (al igual que en el caso del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio), el concepto de “efecto significativo en el comercio” comprende los efectos tanto de aumento como de reducción de las importaciones, siempre que esos efectos sean significativos (OMC, 2002). El Manual de la OMC agrega que al evaluar si una reglamentación sanitaria o fitosanitaria puede tener un efecto significativo en el comercio, los países deben tener en cuenta elementos tales como: a) el valor u otros aspectos de las importaciones significativos para los países importadores o exportadores interesados; b) el desarrollo potencial de tales importaciones; y c) las dificultades de los productores de otros países para cumplir las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias.

⁶ La evaluación comparativa no supone necesariamente una equivalencia. Por ejemplo, una evaluación comparativa entre los sistemas de GlobalGAP y QS Qualität Sicherheit dio lugar a que actualmente se reconozcan como equivalentes. No obstante, las normas del BRC y la IFS no se aceptan como equivalentes, si bien ambas reglamentaciones fueron evaluadas con respecto a la GFSI.

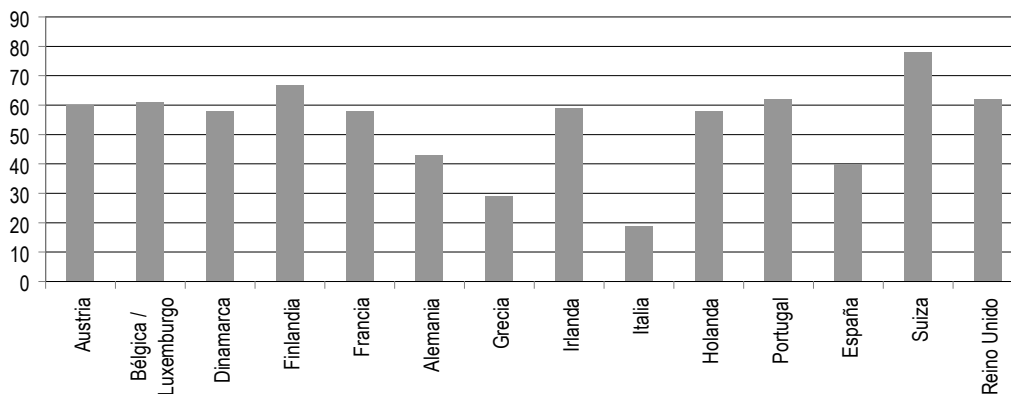
ese conjunto de prescripciones adquiere, de facto, obligatoriedad (OMC, 2007a; Henson, 2006). En tal caso, los proveedores tienen alternativas mínimas, o ninguna, salvo cumplir con las normas, en la medida en que pretendan ingresar o mantenerse en un mercado en particular (Henson, 2006).

Al respecto puede ser esencial tener en cuenta la concentración del comercio minorista de la alimentación (OECD, 2006a). Cuando un pequeño número de minoristas de la alimentación representa una fuerte proporción de las ventas de productos alimenticios, se reducen considerablemente las opciones de los proveedores que no participan en un sistema individual o colectivo de normas aplicadas por los minoristas (Caswell y Joseph, 2006). Precisamente, Gascoine y O'Connor, en un informe comunicado a la OMC (2007d) por el Reino Unido, sostienen que la incorporación en las normas privadas de las preocupaciones de los consumidores sobre la protección de los animales y las características de los alimentos relacionadas con el medio ambiente, la seguridad e higiene en el trabajo y la seguridad del consumidor, por ejemplo, es un proceso que coincide con un rápido aumento de la penetración del mercado por parte de las grandes cadenas de supermercados.

Téngase presente que en muchos países industrializados, las cinco primeras firmas minoristas normalmente representan más del 50% de las ventas (Henson, 2006), tal como puede apreciarse en el Gráfico 1. Como ejemplo podría citarse la norma *Nature's Choice* de la cadena Tesco en el Reino Unido, que da cuenta de una cuota de mercado del 30%. Estos grandes minoristas tienen el poder oligopólico suficiente para inducir cambios en la cadena de aprovisionamiento, dando lugar a que algunas normas hayan pasado a ser obligatorias de facto (OMC, 2007d: 41).

Gráfico 1

Participación de mercado de las 5 principales firmas minoristas en las ventas minoristas en países industrializados



Fuente: Dobson (2003)

Sin embargo, el análisis no debe ser tan simplista. En opinión del Banco Mundial (World Bank (2005)), el acatamiento o no de las normas privadas debe evaluarse desde una perspectiva estratégica más amplia que no se limite a considerar el nivel de acceso a mercados existentes o a nuevos mercados, ni los costos que ello conlleve, sino también a analizar la competitividad de largo plazo de una industria y sus diferentes participantes, cambios en la estructura y modos de operar de la cadena de suministro y sus efectos sobre distintos grupos (inclusión/exclusión social) así como otras posibles repercusiones (especialmente para los consumidores y productores locales).

El análisis anterior no es exhaustivo, pero basta para resaltar la diversidad de los sistemas de normas privadas en uso y la forma en que el carácter facultativo puede desdibujarse cuando esas prescripciones privadas se convierten en una norma del sector.

3. Cuestiones comerciales vinculadas con las normas privadas

3.1. Experiencias diversas y preocupaciones varias

Si bien se carece aun de análisis empíricos concluyentes sobre el impacto comercial de las normas privadas sobre calidad e inocuidad, hay quienes afirman que tales normas pueden jugar un rol ambiguo; es decir, tanto reducir como incrementar el comercio de productos agrícolas y alimentarios (Reardon y Farina, 2001; Chia-Hui, 2006). Es probable que esos efectos varíen en razón del producto, país de destino y/o país de origen, y empresas de que se trate (Jaffee, 2003).

Por un lado, el cumplimiento de una norma privada puede permitir el acceso a múltiples mercados cuando esa norma se utiliza a nivel internacional o cuando la empresa que aplica el sistema realiza actividades comerciales internacionales (OMC, 2007a). En tales casos, los proveedores se beneficiarían también de relaciones comerciales de largo plazo y de la condición de “proveedores preferidos” (Nadvi y Waltring, 2003). En este sentido, las normas privadas tendrían efectos de creación de oportunidades comerciales.

Existen experiencias positivas en países en desarrollo como Kenia (hortalizas frescas), Zimbabwe (también hortalizas frescas) y Perú (particularmente espárragos). En sectores específicos, estos países han pasado de meros interlocutores comerciales a proveedores que actúan de manera altamente integrada e incluso como socios en el desarrollo de mercados. Los beneficios se han traducido en mejora de la reputación de la industria, aumento de los márgenes de ventas y mayor capacidad en el diseño de planes de inversión y marketing (Jaffee y Masakure, 2005). Otro ejemplo en el mismo sentido son los de la horticultura de Tailandia y Kenia, las especias de India y la comercialización de camarón de Tailandia y Nicaragua, en que el cumplimiento de las normas privadas contribuyó a un comercio más sustentable a largo plazo (World Bank, 2005).

Claramente, en algunos casos, esas normas han jugado un rol positivo, sirviendo de catalizador e incentivo para la modernización de los sistemas regulatorios y para la adopción de prácticas de producción y procesamiento más seguras, eficientes y sustentables (World Bank, 2005). Desde esta perspectiva, puede decirse que las normas privadas ofrecen algunas ventajas: 1) acceso a la cadena de valor mundial y la posibilidad de entablar relaciones comerciales de largo plazo; 2) una mayor eficiencia de las operaciones; 3) disponibilidad de información más completa sobre cómo utilizar y almacenar los productos químicos para reducir sus efectos negativos; y 4) una mayor seguridad de los trabajadores (OMC, 2007b).

En suma, los sistemas de normas privadas pueden contribuir a mejorar la eficiencia del sistema alimentario y generar y garantizar características específicas de los productos y procesos (OECD, 2006a). Tan es así que Henson y Reardon (2005: 246) observan que comunicar al consumidor urbano o de los países desarrollados que las normas privadas exceden en rigor y/o grado de aplicación a las normas públicas alienta a los consumidores a comprar productos procedentes de países que en otro caso considerarían que tienen reglamentaciones poco exigentes en materia de calidad e inocuidad.

Sin perjuicio de ello, a nadie escapa que el cumplimiento de estas normas privadas supone un importante desafío para los productores y exportadores de los países en desarrollo (ver, por ejemplo, Vermeulen *et al.*, 2006 y World Bank, 2005). Hay estudios que demuestran que las normas privadas tienden a marginar a los pequeños agricultores (OMC, 2007e; OECD, 2006b), que al no contar con economías de escala, no logran satisfacer los requisitos y mantener una estructura económica y financieramente viable (OECD; 2006a). En circunstancias en que más del 95% de la comunidad agropecuaria está constituida por pequeños agricultores, el tema puede repercutir negativamente en los índices de pobreza rural (COLEACP, 2007).⁷

⁷ Algunas de las limitaciones son propias de la explotación o del agricultor, como la falta de capital físico y humano. Otras son externas y guardan relación con la infraestructura y servicios del conjunto de la economía, por ejemplo, falta de un suministro energético fiable, poca calidad de los sistemas de transporte y telecomunicaciones, falta de laboratorios, falta de instalaciones para almacenamiento en frío y asistencia técnica insuficiente.

Este es el caso, por ejemplo, de San Vicente y Granadinas. Estos territorios caribeños, al igual que otros que integran el Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico, son proveedores tradicionales de una serie de productos agrícolas a las Comunidades Europeas. Tales exportaciones se han visto sometidas, de manera creciente, a un conjunto de normas privadas que están afectando desfavorablemente a los pequeños agricultores (OMC, 2007c).

Cabe preguntarse, en particular, si estos sistemas van más allá de lo que se justifica científicamente y a quién corresponde sufragar el costo de cumplimiento de las normas. Para mayor claridad, podemos dividir las dificultades relacionadas con las normas privadas en: 1) preocupaciones relativas al contenido de los sistemas privados y 2) preocupaciones relativas a la capacidad de los agentes para cumplirlos (Ver Cuadro 2).

Cuadro 2
Ejemplos de preocupaciones relativas a las normas privadas

| Preocupaciones relativas al contenido de las normas privadas | Preocupaciones relativas al cumplimiento de las normas privadas |
|--|--|
| Multiplicación de los sistemas de normas privadas en y entre los mercados | Costo de la certificación por terceros, en particular para las pequeñas y medianas empresas y los agricultores de los países en desarrollo |
| Imprecisión de la frontera entre las medidas sanitarias y fitosanitarias oficiales y las normas privadas | Algunos sistemas privados exigen que se recurra únicamente a determinados organismos de certificación |
| Relación entre los sistemas privados y las instituciones internacionales de normalización mencionadas en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio (ver Recuadro 2) | La falta de equivalencia entre los sistemas da lugar a la repetición de las auditorías de certificación |
| Justificación científica de algunas prescripciones en materia de procesos y métodos de producción | Ausencia de organismos de certificación acreditados en los países en desarrollo |

Fuente: OMC (2007a)

Las preocupaciones comerciales relativas al contenido de las normas privadas surgen por la multiplicidad de estándares y por la atención que prestan los sistemas privados a los procesos y métodos de producción. Las normas privadas cubren cuestiones tan diversas como HACCP,⁸ la protección de los animales, los productos orgánicos, la ausencia de organismos modificados genéticamente, la trazabilidad, el impacto ambiental, las normas laborales, etc. Las normas privadas suelen ser preceptivas, e imponen a los proveedores prescripciones detalladas que no siempre permiten elegir otra forma, aunque equivalente, de lograr el mismo resultado, por ejemplo, en materia de inocuidad de los alimentos. Precisamente, con relación al HACCP, ya en 1996 Caswell y Hooker (1996) advertían que si bien es una medida que ha ganado legitimidad, puede trabar el comercio si deja de ser un estándar de desempeño –donde no se especifican detalles de implementación–, para pasar a ser un estándar de proceso, donde se fijan elementos que pueden ser más costosos de lograr en el país exportador que en el importador, que pueden no hacer a la inocuidad.⁹

Otro punto particularmente sensible es el de la justificación científica de las prescripciones. Ya en 2004 Galperín y Pérez (2004) señalaban que a nivel oficial muchos países estaban reduciendo los límites máximos de residuos de plaguicidas aceptados para fruta fresca y procesada, en especial los de amplio espectro. A pesar de esto –añade el documento– cadenas de supermercados en países de Europa están demandando frutas con menores niveles de residuos que los exigidos por sus países (Galperín y Pérez, 2004:11). La misma lectura se extrae de un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD,

⁸ Hazard Analysis and Critical Control Point, sistema que permite identificar, evaluar y controlar peligros significativos para la inocuidad de los alimentos (definición tomada del Código Internacional de Prácticas Recomendado – Principios Generales de Higiene de los Alimentos, adoptado por la Comisión del Codex Alimentarius [CAC/RCP 1-1969, Rev 4 (2003)].

⁹ Tomado de Galperín y Pérez (2006: 12).

2006a: 23) basado en entrevistas con representantes de destacados minoristas de productos alimenticios, titulares de normas y fabricantes, así como en encuestas de asociaciones de agricultores que señala que “más del 85 por ciento de los minoristas dijeron que las normas que imponían eran más rigurosas que las del gobierno y aproximadamente la mitad de ellos dijeron que eran notablemente más rigurosas”. A título de ejemplo puede mencionarse que algunas de las principales cadenas de supermercados exigen que los residuos de plaguicidas no superen el tercio del nivel prescrito oficialmente (Chia-Hui, 2006: 27).

Estrechamente vinculado al punto anterior aparece también la consideración de que las prescripciones privadas no siempre son necesarias, verbigracia, para proteger la salud del consumidor, ni constituyen la opción menos restrictiva del comercio.¹⁰

Las preocupaciones comerciales que atañen a la capacidad de los agentes para cumplir las normas privadas se refieren al costo de la implementación de los sistemas en las empresas o explotaciones agrícolas y de la demostración del cumplimiento.¹¹ Los costos varían significativamente entre industrias, entre países, y entre diferentes empresas de un mismo país. A su vez, cabe tener presente cuestiones tales como el hecho de que algunos de los esquemas privados exigen la certificación individual del productor y no aceptan certificaciones grupales, la falta de intervalidación de la mayoría de las certificaciones como consecuencia de la ausencia de equivalencias entre los sistemas (ver punto 2.3), las diferencias de interpretación de los requisitos por parte de las certificadoras, la falta de organismos de certificación acreditados y la cuestionable objetividad del criterio con que actúan algunas certificadoras.¹² No obstante, el Banco Mundial (World Bank, 2005) sostiene que la evidencia indica que los costos, en muchos casos, son menores a los supuestos, especialmente con relación al valor de las exportaciones. Curiosamente, un estudio del mismo año realizado por Development Alternatives Inc. para la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional advierte que el costo de la evaluación de la conformidad respecto de las normas sobre procesos y métodos de producción puede ser muy elevado para los pequeños productores en relación con su volumen de negocios y sus beneficios de exportación (USAID, 2005).

En vista de estas y otras consideraciones, y atendiendo a la evolución que se espera tengan los esquemas de normas privadas, el tema debería abordarse en el debate más amplio de la competitividad (World Bank, 2005) y del acceso a mercados (OECD, 2006a). Como se mencionó anteriormente, para ingresar a los mercados de los países desarrollados los productos agroalimentarios ya no deben cumplir sólo con las normas del país importador sino también con las reglas establecidas por los principales importadores y minoristas (OECD, 2006b). Esta es precisamente una de las razones por la que la atención otrora focalizada en las implicancias de las barreras comerciales gubernamentales está ahora trasladándose a las normas del sector privado.

3.2. Experiencia de Argentina: Frutas y hortalizas frescas¹³

La Argentina produjo 10,7 millones de toneladas de frutas y hortalizas en 2004. En 2005, las exportaciones argentinas de frutas y hortalizas frescas superaron los mil millones de dólares, marcando un significativo incremento respecto de los U\$S 716 millones correspondientes al 2003. Así, en 2005 las frutas y hortalizas dieron cuenta del 5,5% de las exportaciones agrícolas totales de Argentina en términos de valor. También en términos de valor, aproximadamente el 45% de las exportaciones de frutas y hortalizas de Argentina va a la Unión Europea (15). En el caso de las frutas, peras, cítricos (especialmente limones) y manzanas constituyen los principales productos exportados, al punto que en 2005 representaron el 74% de las exportaciones totales de frutas frescas.

¹⁰ Esta observación forma parte de las conclusiones elaboradas conjuntamente por los participantes del Seminario Regional sobre “Normas privadas sobre sanidad vegetal, animal e inocuidad alimentaria”, organizado por la Oficina Regional de la FAO, que tuvo lugar en Santiago de Chile entre los días 3 y 5 de septiembre de 2008.

¹¹ A ello cabe añadir una preocupación adicional relacionada con la objetividad del sistema de auditoría. Verbigracia, en las Islas de Barlovento, los auditores externos consideran que los manguitos tratados que se utilizan en la producción de bananos son plaguicidas y, en consecuencia, exigen su almacenamiento en condiciones específicas. Sin embargo, en República Dominicana los manguitos no se consideran plaguicidas y por consiguiente no existen requisitos específicos de almacenamiento.

¹² Estos comentarios también constan en el documento resultante del Seminario Regional a que hicieramos mención en la nota al pie número 10.

¹³ La información sobre la experiencia de Argentina fue tomada de UNCTAD (2007b).

En general, la producción de frutas frescas en la Argentina ha ido concentrándose en un reducido número de productores con una mayor base de capital. Tratándose de peras y manzanas, cerca del 20% de los productores están totalmente integrados en la cadena de valor; alrededor de un 30% están integrados de forma moderada y el 50% restante son productores independientes de tamaño pequeño y medio.¹⁴ Esta mitad de productores enfrenta serios problemas para implementar buenas prácticas agrícolas (BPA) y obtener la certificación correspondiente con sus propios recursos.

Los productores que han logrado implementar GlobalGAP no necesitan certificar otro sistema de calidad en su producción primaria. Sin embargo, además de los estándares GlobalGAP, pueden verse constreñidos a satisfacer requisitos de empaquetado, en razón de que determinados compradores (por ejemplo de la Unión Europea y de los Estados Unidos) exigen cumplimiento de HACCP o BPM (Buenas Prácticas de Manufactura) y/o satisfacer normas sobre sistemas de gestión ambiental (ISO 14001) y/o responsabilidad social (SA 8000).

Actualmente, las principales empresas dedicadas a la exportación de frutas y hortalizas frescas están certificadas o en una etapa avanzada de cumplimiento de las condiciones para obtener la certificación. Sin embargo, la situación varía considerablemente para los productores de pequeña escala, algunos de los cuales puede que conozcan el nombre de los sistemas de certificación pero no sus requisitos u otros detalles.

Varias instituciones, tales como la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos y el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria así como asociaciones de productores han estado ofreciendo capacitación y desarrollando actividades de sensibilización, incluyendo talleres, seminarios y cursos sobre BPA. Mientras algunos productores han logrado beneficiarse de tales actividades, otros aun están lejos de conocer e implementar los requisitos. Debe también enfatizarse que los pequeños y medianos productores requieren asistencia para la implementación de programas de BPA.

Si bien se carece de información oficial, estimaciones preliminares indican que sólo el 20% de las frutas y hortalizas exportadas a la Unión Europea proviene de explotaciones con certificación GlobalGAP. Este porcentaje varía de acuerdo a los cultivos y a las regiones. Así, los productores de peras y manzanas del Alto Valle del Río Negro son los más avanzados en la implementación de BPA y en la certificación GlobalGAP; en tanto que en otras zonas productoras se estima que menos del 10% de las exportaciones provienen de productores certificados con GlobalGAP. Sucede también que muchos exportadores obtienen sólo parte de su suministro a través de productores certificados. Esto implica que aunque el exportador pueda estar certificado, sólo una parte de las frutas y hortalizas exportadas están en condiciones de satisfacer los estándares GlobalGAP. Esto podría afectar la inserción de estos productos en los mercados más exigentes en cuestiones de buenas prácticas (ver Recuadro 1).

A nivel oficial, el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria ha desarrollado dos conjuntos de directrices: (i) Directrices sobre Buenas Prácticas Agrícolas y de Higiene en la Producción Primaria, Empaquetado, Almacenamiento y Transporte de Hortalizas Frescas (Resolución SAGPyA 71/99) y; (ii) Directrices sobre Buenas Prácticas Agrícolas y de Higiene en la Producción Primaria, Empaquetado, Almacenamiento y Transporte de Frutas Frescas (Resolución SENASA 510/02). Estas últimas Directrices son más detalladas que las del año 1999; cubren aspectos similares a los del protocolo GlobalGAP, incluso con mayor detalle en relación a aspectos específicos como equipamiento y la aplicación de productos post-cosecha y para evitar daños por congelación.

Entre las principales limitantes para la implementación de esquemas de BPA podemos mencionar: (i) insuficiente acceso a líneas crediticias que permitan a los agricultores realizar las inversiones necesarias en maquinaria e instalaciones; (ii) falta de personal suficientemente capacitado; (iii) falta de interés de los productores (especialmente en regiones donde predomina la producción de tipo familiar tradicional); (iv) la implementación de BPA no resulta en una prima de precio y el productor se ve obligado a absorber los costos de implementación y certificación. Asimismo, los pequeños productores enfrentan dificultades particulares con algunos aspectos de los Criterios de Cumplimiento y Puntos de Control de GlobalGAP (CPCC), como las auto-inspecciones (CPCC 2.2), mantenimiento de registros (CPCC 2.3), gestión de sitio (CPCC 4.2) y

¹⁴ En la página www.alimentosargentinos.gov.ar figura un informe de junio de 2008 del Ing. Bruzone, de la Dirección Nacional de Alimentos de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos (Bruzone, 2008), que corrobora esos porcentajes.

la aplicación de fertilizantes (CPCC 6.2) y plaguicidas (CPCC 8.3). La situación es similar en el caso de requisitos concernientes al almacenamiento de fertilizantes (CPCC 6.4) y plaguicidas (CPCC 8.8) y en los procedimientos de higiene en la cosecha (CPCC 9.1) y en la manipulación (CPCC 10.1).

Conforme lo indica en su sitio web, "GlobalGAP ha comenzado a vincular la implementación global con las necesidades de los productores; al mismo tiempo busca opiniones calificadas de expertos nacionales y otras partes interesadas acerca de las diferentes condiciones legales y estructurales que existen a nivel global". Este objetivo es perseguido fundamentalmente a través de la creación de Grupos Técnicos de Trabajo Nacionales (GTTN), cuya función es elaborar un conjunto de directrices nacionales de interpretación, y enfrentar los desafíos específicos de adaptación e implementación identificados a nivel local. Estos grupos trabajan en cooperación estrecha con el Secretariado de GlobalGAP y los Comités Sectoriales.

En Argentina existe un GTTN y la Fundación ArgenINTA opera como organización anfitriona. El GTTN inició sus actividades en 2004, con el propósito de elaborar, en coordinación con las instituciones oficiales, legislación adecuada para facilitar el cumplimiento de los requisitos de certificación; establecer directrices de implementación para cada sector; sensibilizar a los productores de frutas y hortalizas acerca de las normas GlobalGAP; y adaptar los protocolos GlobalGAP a las condiciones específicas de nuestro país.

En general, los principales productores y exportadores de frutas y hortalizas frescas han logrado alcanzar la certificación cuando les fue necesario hacerlo. Sin embargo, los pequeños productores tienden a encontrarse con significativas dificultades para cumplimentar los protocolos.

Recuadro 1

Los complejos de manzanas y peras de la Argentina

Es interesante citar el análisis de fragilidad realizado por Galperín y Pérez (2004) respecto de los complejos de manzanas y peras de la Argentina y los requisitos sanitarios y ambientales. Estos investigadores proponen considerar la fragilidad de un complejo agroindustrial como la resultante de la combinación de la vulnerabilidad del complejo y de su capacidad de adaptación, enfoque que permite ver de manera conjunta las consecuencias de las decisiones que se toman en los mercados de destino y las que pueden tomar los componentes del sector exportador. Se reproducen a continuación algunos de los párrafos estimados relevantes a los fines del presente trabajo. La vulnerabilidad refleja si el complejo puede ser afectado por acciones externas. Existe una vulnerabilidad alta si un complejo exporta un porcentaje importante de su producción y una gran proporción de sus exportaciones se dirigen a mercados proclives a colocar trabas al acceso.

Por su parte, la capacidad de adaptación de un complejo puede definirse como la habilidad para modificar sus insumos, procesos, tecnologías y destinos de venta en respuesta a cambios en el entorno. Frente a los requisitos de acceso sanitarios y ambientales se pueden plantear tres alternativas genéricas: i) modificar insumos, procesos y tecnologías de acuerdo a lo pedido en el mercado de exportación; ii) mantener la forma de producción actual pero vender los productos a los destinos donde no hay restricciones a su acceso; iii) producción diferenciada y separada según los criterios de cada mercado de destino, esto es, una combinación de las alternativas i) y ii).

El grado de fragilidad se puede presentar en una matriz que combina los criterios de vulnerabilidad y capacidad de adaptación, donde el casillero más claro muestra una situación de fragilidad baja, y los otros dos una de fragilidad media y alta.

Matriz de diagnóstico de fragilidad de un complejo agroindustrial

| | | Vulnerabilidad | | |
|-------------------------|-------|----------------|-------|------|
| | | Baja | Media | Alta |
| Capacidad de adaptación | Alta | | | |
| | Media | | | |
| | Baja | | | |

Para la vulnerabilidad es necesario tener en cuenta el papel que tienen las exportaciones en las ventas totales, y la relevancia de los destinos propensos a ser más restrictivos en cuanto a requisitos sanitarios y ambientales sobre productos y sobre proceso. Galperín y Pérez tuvieron en cuenta los países más importantes para las exportaciones del complejo de frutas de pepita, que a su vez son muy exigentes en cuanto a los requisitos de acceso analizados: Unión Europea (UE), Brasil y Estados Unidos.

En base a cifras del año 2002, y tomando como referencia sólo las exportaciones de fruta fresca, el estudio señala que el 12% de la producción de manzanas (a UE corresponden 8 puntos porcentuales) y el 44% de la producción de peras (correspondiendo a la UE 23 puntos porcentuales) puede verse afectado por las exigencias de los principales mercados de destino. Tales valores se elevan al 44% de la producción de manzanas y al 68% de la producción de peras si consideramos también las exportaciones de jugos (absorbidas prácticamente en su totalidad por Estados Unidos).

Entre otras conclusiones, el estudio observa que la fragilidad de ambos complejos es entre media y alta, dependiendo del encadenamiento de empresas que se considere.

4. Las normas privadas y la OMC

4.1. Antecedentes

Como es sabido, desde 1948 el GATT constituyó el único instrumento multilateral por el que se rigió el comercio internacional hasta el establecimiento de la OMC en 1995. En los primeros años, las rondas de negociaciones comerciales del GATT se centraron en continuar el proceso de reducción de los aranceles. Como consecuencia, fueron cobrando mayor protagonismo otro tipo de medidas y ello condujo a que en la Ronda Tokio, celebrada en el decenio de 1970, se realizara el primer intento profundo de abordaje de los obstáculos no arancelarios y de mejorar el sistema. La Ronda Tokio dio nacimiento al llamado “Código de Normas”, que si bien no estaba orientado específicamente a reglamentar las medidas sanitarias y fitosanitarias, comprendía requisitos técnicos derivados de las medidas relativas a la inocuidad de los alimentos y a la sanidad de los animales y de los vegetales, incluyendo disposiciones sobre límites de residuos de plaguicidas así como requisitos de inspección y etiquetado. Posteriormente, como resultado de la Ronda Uruguay, y del paso del GATT a la OMC, el Código de Normas fue sustituido por el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC). Entre las ventajas que se reconocen al Acuerdo OTC con relación al Código de Normas cabe observar que abarca los procesos y métodos de producción relacionados con las características del producto, trata con mayor extensión el tema de los procedimientos de evaluación de la conformidad, da mayor precisión a las disciplinas y se desarrollan con más detalle las disposiciones sobre transparencia. A su vez, las medidas relacionadas con la inocuidad de los alimentos, la sanidad animal y la preservación de los vegetales, pasaron a estar contempladas en un Acuerdo específico: el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF).

El Acuerdo MSF reconoce el derecho soberano de los Miembros a determinar el nivel de protección sanitaria/fitosanitaria que estimen adecuado y de adoptar las medidas que consideren necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales contra determinados riesgos específicos. Por su parte, el Acuerdo OTC reconoce el derecho de los Miembros a adoptar las medidas necesarias para alcanzar un “objetivo legítimo”, tal como la protección del medio ambiente o de la salud o seguridad humana. Paralelamente, ambos Acuerdos consagran una serie de principios y obligaciones que apuntan a evitar que esos derechos sean ejercidos con fines proteccionistas traducándose en restricciones injustificadas al comercio internacional.

En esencia, conforme a estos Acuerdos, las medidas deben estar basadas en una evaluación de riesgos (aunque la rigurosidad científica es más notoria en el Acuerdo MSF), no deben discriminar entre productos nacionales e importados (trato nacional) como tampoco entre productos importados desde distintos orígenes (trato de la nación más favorecida), ni deben restringir el comercio más de lo necesario. Asimismo, se promueve la armonización de las medidas tomando como referencia la normativa internacional pertinente, en particular la elaborada por las “Tres Hermanas”: Comisión del Codex Alimentarius, Organización Mundial de Sanidad Animal¹⁵ y Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (ver Recuadro 2). También

se prevén disposiciones sobre reconocimiento de la equivalencia de medidas que, aun siendo diferentes, tengan la misma efectividad en el control de un riesgo determinado. No menos importantes resultan las disposiciones sobre transparencia contenidas en ambos Acuerdos, en virtud de las cuales se otorga a los países la posibilidad de presentar comentarios sobre medidas en proyecto o adoptadas en situaciones de urgencia, estando el país notificante obligado a tomarlas en cuenta.

En muy pocas palabras, el Acuerdo OTC se introdujo con el objetivo de asegurar que los “reglamentos técnicos”¹⁶ y las “normas”¹⁷ (así como los procedimientos de prueba y certificación) empleados por los países no crearan obstáculos innecesarios al comercio. El Acuerdo MSF se estableció como un marco multilateral de normas y disciplinas que sirvieran de guía en la elaboración, adopción y observancia de las medidas sanitarias y fitosanitarias¹⁸ para reducir al mínimo sus efectos negativos en el comercio. De esta manera, la OMC y los organismos internacionales de normalización han contribuido a una mayor disciplina y al aumento de la transparencia en el uso de medidas públicas sobre calidad e inocuidad (Roberts, 2004), al mismo tiempo que han establecido un vocabulario común a través del cual los gobiernos pueden comunicar sus objetivos en la materia.

Recuadro 2

Las normas privadas y las “Tres Hermanas”

1. Codex Alimentarius

En su 60ª reunión, celebrada en diciembre de 2007, el Comité Ejecutivo de la Comisión del Codex Alimentarius acordó no adoptar, por el momento, ninguna decisión ni formular recomendación alguna sobre el tema de las normas privadas. En su 61ª reunión, de junio de 2008, algunos miembros observaron que los efectos de las normas privadas eran un elemento importante que se estaba debatiendo en la OIE, la CIPF y el Comité MSF de la OMC y que, en su opinión, esas normas concernían en gran medida a los objetivos del Codex¹⁹ y que por lo tanto era indispensable que la Comisión definiera una posición al respecto.

Consecuentemente, el Comité Ejecutivo invitó a la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a que presentaran, en la próxima reunión del Comité (junio de 2009), un documento sobre las normas privadas. El tema también formará parte de la agenda de la próxima reunión de la Comisión del Codex Alimentarius (junio de 2009).

2. Convención Internacional de Protección Fitosanitaria

En el marco de la 3ª reunión de la Comisión de Medidas Fitosanitarias (CMF), que tuviera lugar en abril de 2008, “varios miembros expresaron su preocupación en el sentido de que las normas privadas, muchas de las cuales no tienen justificación científica, afectan adversamente los mercados de exportación y solicitaron que la CMF discutiera las implicancias de tales normas. Algunos países plantearon su inquietud respecto del enfoque de los retailers, quienes imponen a los pequeños agricultores normas más estrictas y sin base científica, especialmente en los países menos desarrollados y en desarrollo” (párrafo 124 del informe de la reunión).

Se sugirió que este tema debería ser considerado por la CIPF y debería discutirse con las organizaciones internacionales de referencia con vistas a eliminar cualquier área de conflicto con el Acuerdo MSF. En el acta de la reunión (párrafo 125) puede leerse que “Esto es especialmente cierto para la norma GlobalGAP, que incluye consideraciones fitosanitarias, dado que se basa en un enfoque de cadena de valor”.

¹⁵ Fue en 2003 cuando la Oficina Internacional de Epizootias cambió su nombre por el de Organización Mundial de Sanidad Animal manteniendo, no obstante, las siglas de su denominación original: OIE.

¹⁶ El Acuerdo OTC define “reglamento técnico” como “Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, ... y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas” (Anexo 1, párrafo 1; la itálica es agregada).

¹⁷ El Acuerdo OTC define “norma” como “Documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas” (Anexo 1, párrafo 2; la itálica es agregada).

¹⁸ A los efectos del Acuerdo MSF (Anexo A, párrafo 1), por medida sanitaria o fitosanitaria se entiende toda medida aplicada:

- para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;
- para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;
- para proteger la vida y la salud de las personas de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o
- para prevenir o limitar otros perjuicios resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

¹⁹ Recordemos que, entre otros, el Codex tiene por objetivo no sólo proteger la salud de los consumidores y asegurar prácticas equitativas en el comercio de los alimentos, sino también promover la coordinación de todos los trabajos sobre normas alimentarias emprendidos por las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales.

3. Organización Mundial de Sanidad Animal

En su 76ª Sesión General, celebrada en mayo de 2008, la OIE adoptó una resolución (Resolución N° XXXII) sobre las consecuencias de las normas del sector privado para el comercio internacional de animales y productos derivados de animales. En esa resolución se enfatiza que la OMC, de conformidad con el Acuerdo MSF, reconoce oficialmente a la OIE como organización de referencia encargada de establecer las normas internacionales relativas a la sanidad animal, incluidas las zoonosis, y que esas normas están sustentadas en base científica.

En atención a ello, la OIE decidió:

- reafirmar que las normas publicadas por la OIE en el ámbito de las enfermedades animales, zoonosis incluidas, son la garantía sanitaria oficial y mundial para prevenir los riesgos asociados con el comercio internacional de animales y productos derivados, evitando las barreras sanitarias injustificadas al comercio, así como para promover la prevención y el control de las enfermedades de los animales en el mundo;
- reafirmar que las normas publicadas por la OIE en el ámbito del bienestar de los animales son la norma de referencia para los Miembros de la OIE;
- pedir al Director General que trabaje con las organizaciones públicas y privadas pertinentes a fin de tomar en consideración las preocupaciones de los Miembros y de que las normas privadas, si se utilizan, sean coherentes con las de la OIE y no entren en conflicto con éstas.

En línea con la mencionada Resolución, en junio de 2008 la OIE presentó un documento a la OMC (G/SPS/GEN/822) expresando su preocupación por el potencial de limitación y distorsión del comercio que encierran las normas privadas. La OIE recomendó que el Comité MSF analizara el uso de las normas privadas que se relacionan con la sanidad y la seguridad en el comercio internacional y determine si su práctica ha aumentado a escala mundial o dentro de determinadas regiones. La OIE agregó que si éste fuera el caso, sería importante examinar si las normas privadas socavan el funcionamiento del Acuerdo MSF y de qué manera lo hacen. La OIE también recomendó que el Comité MSF concentrara sus esfuerzos en los efectos de las normas privadas para la capacidad de los países en desarrollo de acceder a los mercados.

En el mismo documento, la OIE manifestó que considera importante impedir la introducción de medidas no científicas relacionadas tanto con la sanidad como con el bienestar animal. Por ello, la OIE exhortó a los países y a las organizaciones regionales e internacionales a brindar todo su apoyo a las normas de la OIE, incluidas las recomendaciones sobre bienestar animal, como referencia apropiada a los efectos del comercio internacional.

4.2. Aplicabilidad de los Acuerdos de la OMC

Se ha reconocido siempre que no son sólo las medidas tomadas directamente por los gobiernos las que pueden afectar, influenciar, promover o de alguna manera distorsionar el comercio internacional. Por tal razón, en cierto número de circunstancias, los Acuerdos de la OMC contienen disposiciones que hacen responsables a los gobiernos por actividades privadas. Las disposiciones que atribuyen la conducta de partes privadas a los Miembros de la OMC tienden a evitar que las reglas de la OMC sean evadidas cuando los gobiernos delegan o permiten que otros organismos incurran en acciones que de otro modo serían inconsistentes con los principios de la OMC. Podría decirse también que incluso en aquellos casos en que no existe una disposición expresa en tal sentido, varias reglas de la OMC darían lugar, no obstante, al surgimiento de dicha responsabilidad (SIEL, 2008). Bohanes y Sandford (en SIEL, 2008) indican que en algunos casos sería posible atribuir las acciones privadas a los gobiernos mientras en otros casos los Acuerdos de la OMC brindarían elementos para cuestionar a los gobiernos por la falta de disciplinamiento de tales acciones.

La cuestión de las normas privadas se planteó por primera vez en la OMC en la reunión del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Comité MSF) celebrada en junio de 2005 (OMC, 2005), en la que San Vicente y Granadinas manifestaron su preocupación por la aplicación del sistema EurepGAP²⁰ al comercio de bananos con supermercados del Reino Unido. En la misma reunión Jamaica planteó que también afrontaba problemas para el ingreso al mercado europeo de frutas y hortalizas frescas con motivo de las prescripciones EurepGAP. Asimismo, otros países en desarrollo manifestaron sus reparos por los efectos comerciales de las normas privadas (OMC, 2005). El tema volvió a tratarse en la reunión del Comité MSF de octubre de 2005, reanudada en febrero de 2006 (OMC, 2006a). También en la reunión del Comité MSF de octubre

²⁰ EurepGAP nació en 1997 como iniciativa del sector minorista agrupado bajo EUREP (Euro-Retailer Produce Working Group). La decisión de que EurepGAP se convirtiera en GlobalGAP fue anunciada en septiembre de 2007, en la 8ª conferencia global realizada en Bangkok.

de 2006 se hizo mención a las normas privadas, oportunidad en la que Argentina, Belice, Cuba, Dominica, Egipto, Indonesia, Kenia y Sudáfrica dijeron compartir las preocupaciones de San Vicente y Granadinas y sugirieron que el tema se incluyera en el orden del día de la siguiente reunión del Comité (OMC, 2006b). Así, la cuestión de las normas privadas se ha mantenido en agenda desde entonces, primero como un subpunto dentro de las “preocupaciones comerciales específicas” y luego como un tema autónomo.

Resumidamente, los debates en el Comité MSF se han centrado en tres temas:²¹

- El acceso a los mercados: algunos miembros del Comité opinan que las normas fijadas por el sector privado pueden ayudar a los proveedores a mejorar la calidad de sus productos y a obtener y mantener el acceso a mercados de alta calidad. Otros alegan que las normas privadas pueden ser más restrictivas –por ejemplo, si fijan límites máximos de residuos de plaguicidas muy bajos– y más preceptivas –por ejemplo, si sólo autorizan una manera de alcanzar un objetivo de inocuidad alimentaria– que las normas oficiales aplicables a las importaciones y constituyen, por lo tanto, un obstáculo más para acceder al mercado.
- El nivel de desarrollo: a muchos miembros del Comité les preocupa que la aplicación de normas privadas, con los costes de certificación adicionales que implican y la dificultad que supone tener que adaptarse a normas distintas para cada comprador, plantee problemas, especialmente a los pequeños productores y, en particular –pero no exclusivamente– a los pequeños productores de países en desarrollo.
- Las reglas de la OMC: algunos miembros opinan que fijar normas para los productos que adquieren es una actividad legítima del sector privado, en la que no debe inmiscuirse el Estado. Otros insisten en que, en virtud del Acuerdo MSF, los Estados importadores son responsables de las normas contenidas en este Acuerdo y fijadas por el sector privado. A estos últimos les preocupa que estas normas no cumplan los requisitos de la OMC, especialmente los relativos a la transparencia y la justificación científica de las medidas sanitarias y fitosanitarias –para la inocuidad de los alimentos, principalmente– y restrinjan el comercio más de lo necesario para proteger la salud.

De los tres ejes de debate mencionados, la cuestión central reside en determinar si las normas privadas sobre calidad e inocuidad exceden o no el ámbito de competencia de la OMC. Algunos autores entienden que las normas privadas escapan a la órbita de la OMC (Jaffee y Henson, 2004), planteando desafíos respecto del rol futuro de los Acuerdos MSF y OTC (Henson, 2006). Basándose en la tendencia de las normas privadas a convertirse en la forma de gobernanza predominante de las cadenas de suministro de productos agrícolas y alimentarios, Henson (2006) opina que la OMC se tornará irrelevante o, al menos, de importancia secundaria. Sin embargo, hay quienes entienden que las normas privadas sobre inocuidad alimentaria están bajo el radio de acción de la OMC y resultan, en muchos casos, contrarias a la letra y espíritu del Acuerdo MSF (OMC, 2007c).

Pareciera estar fuera de discusión el hecho de que el Acuerdo OTC comprende las normas privadas; el Acuerdo MSF, en cambio, no es tan claro al respecto. Gascoine y O'Connor and Company (OMC, 2007d: 25) señalan, basándose en el testimonio de dos personas que participaron directamente de las negociaciones²² que dieron contenido y forma al Acuerdo MSF, que la posibilidad de aplicar el Acuerdo MSF a las normas privadas no se mencionó nunca en las reuniones formales de negociación ni en los debates informales. Por el contrario, el Acuerdo OTC aborda no sólo la elaboración y aplicación de reglamentos técnicos oficiales, sino también, de manera explícita, las actividades privadas de elaboración y adopción de normas y de evaluación de la conformidad.

En tal análisis cabe tener presente que el art. 1.1 del Acuerdo MSF indica que el mismo “es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional”,

²¹ Ver Informe Final de la 76ª Sesión General de la OIE; París, 25 al 30 de mayo de 2008. El párrafo 144 resume el informe presentado por Christiane Wolff, consejera de la División de Agricultura y Productos Básicos de la OMC, respecto de los debates sustanciados en el Comité MSF sobre el tema de las normas privadas.

²² Gretchen Stanton, quien presidió casi todas las reuniones de negociación, y el propio autor principal del informe, Digby Gascoine, quien representó a Australia en las negociaciones.

sin limitar explícitamente esta aplicación a las MSF adoptadas por el Estado. Del mismo modo, la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias que figura en el Acuerdo y la lista ilustrativa que la acompaña no las limita de manera explícita a las medidas oficiales (OMC, 2007a: 5). Por otra parte, otras disposiciones del Acuerdo MSF se refieren textualmente a los derechos y obligaciones de los “Miembros”. Tampoco queda claro si las prescripciones en materia de certificación necesarias para demostrar el cumplimiento de las normas privadas estarían o no comprendidas en el ámbito del Acuerdo. Pueden ser pertinentes al respecto las disposiciones del art. 13, cuyo texto es el siguiente:

“... Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio... cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas... entidades no gubernamentales... a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo.”

Así como algunas normas privadas contemplan riesgos a que se hace referencia en la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias del Acuerdo MSF, algunos elementos de las normas privadas atañen a cuestiones que se hallan fuera del ámbito de dicho Acuerdo. Por consiguiente, también pueden ser pertinentes otros Acuerdos de la OMC. Por ejemplo, las normas GlobalGAP comprenden capítulos que tratan, entre otros temas, de la seguridad e higiene laboral, el bienestar de los trabajadores, la gestión de los desechos y la contaminación ambiental. Estos aspectos podrían corresponder al ámbito del Acuerdo OTC. Con un espíritu similar al del art. 13 del Acuerdo MSF, el art. 4 del Acuerdo OTC dispone que:

“Los Miembros... tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que... las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización existentes en su territorio... acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a dichas instituciones con actividades de normalización a actuar de manera incompatible con el Código de Buena Conducta [para la elaboración, adopción y aplicación de normas]...”²³

Como puede observarse, en el Acuerdo OTC y en el Acuerdo MSF figuran textos similares en lo que respecta a las actividades de las instituciones/entidades no gubernamentales. Sin embargo, a diferencia del Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC contiene una definición de “institución no gubernamental”: “Institución que no sea del gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico”. Aunque esta definición es amplia, hay quienes sostienen que, a la luz del contexto y propósito de los Acuerdos MSF y OTC, sería posible argumentar que las “entidades no gubernamentales” no son operadores económicos individuales (o sus asociaciones) sino entidades privadas a las que el gobierno les ha confiado la realización de determinadas actividades o que por otros motivos tienen una condición legal especial con relación a la elaboración e implementación de normas sanitarias y fitosanitarias así como de reglamentos técnicos (Chia-Hui, 2006: 34 y 35). En el mismo sentido se pronuncia Luff (2004: 269), al señalar que de conformidad con el art. 13 del Acuerdo MSF, las medidas sanitarias y fitosanitarias previstas son las que adoptan los gobiernos centrales de los Miembros, las instituciones regionales y locales y las entidades no gubernamentales a las que los Miembros han confiado tareas relacionadas con la creación de una política en materia de MSF y que el Acuerdo MSF contempla la responsabilidad por los actos de las entidades no gubernamentales a las que los Miembros hayan otorgado competencias específicas.

Por su parte, Bohanes y Sandford entienden que el significado corriente del término “entidades no gubernamentales” no sugiere que sólo estén comprendidas las entidades privadas con una condición legal especial o con autoridad que les haya sido delegada por el gobierno (en SIEL, 2008: 38). La interpretación es compartida por Gascoine y O’Connor and Company, quienes opinan que en lo referente al Acuerdo MSF y su art. 13, el significado de “entidad no gubernamental” es más amplio e incluye también instituciones privadas a las que el gobierno no ha confiado determinadas tareas pero que funcionan en el territorio de un Miembro (OMC, 2007d: 62). En razón de ello, y basándose en el art. 13, Gascoine y O’Connor and Company agregan que

²³ El Código de Buena Conducta para la elaboración, adopción y aplicación de normas reproduce varios de los principios contenidos en el Acuerdo MSF y OTC. Por ejemplo, las instituciones con actividades de normalización no deben dar a los productos importados de cualquier Miembro un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares de origen nacional y a los productos similares importados de cualquier otro país; deben asegurarse que no se elaboren, adopten o apliquen normas que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional; deben basarse en las normas internacionales; etc.

los Miembros de la OMC tienen la responsabilidad de velar por que los agentes no gubernamentales no actúen de manera incompatible con el Acuerdo MSF (OMC, 2007d: 63 y 78). A su vez, interpretan que en la definición de “institución no gubernamental” del Acuerdo OTC parece reconocerse implícitamente la existencia de instituciones no gubernamentales que no están legalmente habilitadas para hacer respetar un reglamento técnico, ya que se la define como “institución [...] con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico” (OMC, 2007d: 73). Precisamente, la misma observación es hecha por Bohanes y Sandford (en SIEL, 2008: 38), quienes señalan que la definición del Acuerdo OTC hace referencia expresa a las instituciones no gubernamentales legalmente habilitadas para hacer respetar un reglamento técnico, de lo que deducen que *a priori* se hallan incluidas también las instituciones que no tienen tal habilitación. Para Bohanes y Sandford esto demuestra que, cuando previeron una situación en que los Miembros de la OMC delegan a entidades no gubernamentales la realización de determinadas tareas, los redactores lo describieron en forma explícita.

Como puede observarse, existen disímiles interpretaciones sobre el alcance del artículo 13 del Acuerdo MSF y del artículo 4 del Acuerdo OTC. A título de alternativas jurídicas, el estudio realizado por Gascoine y O'Connor and Company (en OMC, 2007d) ensaya algunas opciones posibles y su presumible margen de viabilidad, tales como:

- Tratar de llegar a un acuerdo sobre la cuestión de las normas privadas o de instituciones no gubernamentales en un grupo escogido de Miembros de la OMC, que redactarían, adoptarían y se comprometerían a respetar determinadas obligaciones ad hoc por medio de un “instrumento plurilateral.”²⁴ La viabilidad de este enfoque parece escasa.
- El mecanismo formal de solución de diferencias de la OMC podría considerarse una opción jurídica posible en relación con una norma privada que presumiblemente no tuviera una justificación científica, que fuera utilizada ampliamente por varios minoristas y que constituyera una condición de facto para el acceso a los mercados de uno o más Miembros de la OMC. Esta opción es onerosa, delicada desde el punto de vista político y a menudo puede no dar los resultados esperados.
- Una enmienda formal de uno o más de los Acuerdos abarcados (MSF, OTC) podría ser otra forma de abordar la cuestión de las normas privadas en el sistema de la OMC. Sería particularmente difícil que esta alternativa prospere.

En la reunión de abril de 2008 del Comité MSF, la Argentina propuso la conformación de un grupo de trabajo reducido que abordara la cuestión de la relación entre el Acuerdo MSF y las normas privadas, en especial en relación con el artículo 13 (OMC, 2008a). La propuesta de la Argentina fue retomada en la reunión de junio de 2008, en cuya oportunidad el Comité acordó conformar un grupo de trabajo (OMC, 2008b) y también logró acuerdo sobre algunos puntos, incluyendo:

- la necesidad de focalizar exclusivamente los aspectos relativos a temas MSF de las normas privadas;
- la necesidad de un claro panorama de los aspectos positivos y negativos de la implementación de las normas privadas;
- que eventualmente el Comité debería evaluar cómo contribuir a reducir los aspectos negativos de las normas privadas; y
- la necesidad de identificar muy claramente qué acciones específicas podría perseguir el Comité, y en qué orden, para alcanzar resultados prácticos a la brevedad posible.

Atento a ello, en julio de 2008, el Presidente del Comité MSF distribuyó entre los Miembros un cierto número de preguntas²⁵ con el fin de pedir propuestas sobre lo que el Comité MSF puede y debe hacer para 1) reducir los efectos negativos que tienen las normas sanitarias y fitosanitarias privadas en el comercio internacional, en particular para los países en desarrollo, y 2) aumentar los beneficios que pueden derivarse para los países en desarrollo de las normas sanitarias y fitosanitarias privadas. Como resultado, en octubre de 2008 (OMC, 2008c), el Comité MSF convino en trabajar en tres etapas:

²⁴ Un ejemplo de una iniciativa plurilateral en el sistema de la OMC es el “Documento de referencia sobre las telecomunicaciones”.

²⁵ Documento JOB(08)58, Normas privadas – Identificación de medidas prácticas para el Comité MSF

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Gasolina, Diferencia WT/DS2 1996:I p. 3 a 16.

²⁷ Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Etapa 1: Invitar a los Miembros a identificar productos de interés para sus exportaciones cuyo comercio estuviera viéndose afectado por las normas privadas, suministrando una descripción de las normas privadas que se aplican en cada uno de sus mercados de exportación, normativa internacional de las Tres Hermanas para el mismo producto, información sobre los efectos positivos o negativos de las normas privadas e identificación, en la medida de lo posible, de las disposiciones del Acuerdo MSF que sean pertinentes respecto de las dificultades derivadas de las prescripciones establecidas por las normas privadas.

Etapa 2: La Secretaría del Comité, con la ayuda de los Miembros interesados, recopilará la información en una matriz descriptiva que servirá de insumo para la elaboración de un informe descriptivo.

Etapa 3: Basándose en el informe descriptivo, el grupo de Miembros interesados preparará un informe analítico para su consideración por el Comité MSF. En el informe se analizará, entre otras cosas, en qué medida las normas privadas crean dificultades al comercio; la naturaleza de las dificultades; la función del Codex, la CIPF y la OIE; etc. En el informe se propondrán también al Comité MSF medidas concretas.

En cuanto al calendario, se acordó que las distintas fases a las que se ha hecho referencia coincidan con las reuniones del Comité MSF. Así, se invitó a los Miembros a que presentaran la información requerida en la etapa 1 antes de la celebración de la reunión del Comité de febrero de 2009. El informe descriptivo debería ser presentado al Comité en su reunión de junio de 2009 y el informe analítico, conteniendo recomendaciones, debería estar listo para consideración del Comité en su reunión de octubre de 2009.

4.3. Jurisprudencia OMC

Como señaló el Órgano de Apelación (OA), el GATT no debe leerse en forma aislada del derecho internacional público.²⁶ Por lo tanto, puede ser pertinente tener en cuenta los principios generales del derecho internacional público en materia de responsabilidad de los estados, contenidos en el “Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”.²⁷ Este “Proyecto de artículos” indica que los actos de particulares pueden ser atribuidos al estado, comprometiendo su responsabilidad si el acto es internacionalmente ilícito,

- cuando se trata de un comportamiento bajo la dirección o control del Estado (art. 8); o
- cuando el comportamiento no sea atribuible al Estado, “en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio” (art. 11).

De acuerdo a un documento publicado por la Society International Economic Law (SIEL, 2008), algunas disposiciones de la OMC ilustran que en ciertos casos la conducta de partes privadas puede ser atribuida a los gobiernos cuando tal conducta haya tenido lugar bajo la dirección o control del estado.²⁸ Otra categoría de acciones privadas que podrían atribuirse a los gobiernos estarían vinculadas a medidas que tienen lugar en un marco de incentivos, desincentivos o privilegios especiales.²⁹ Estos casos no requieren una dirección o control por parte del estado; más bien, todo lo que se necesita es que el gobierno facilite la existencia de condiciones bajo las cuales un organismo privado adoptará conductas restrictivas del comercio y de incentivos para que tales organismos actúen precisamente en ese sentido.

²⁷ En SIEL (2008) Bohanes y Sandford analizan como ejemplo la definición de “contribución financiera” del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, que incluye la situación en que “un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones... que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos”.

²⁸ En SIEL (2008) Bohanes y Sandford exponen el caso del Artículo XVII del GATT (Empresas comerciales del Estado); del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura (Compromisos en materia de subvenciones a la exportación) y de la controversia Japón-Comercio de semiconductores en relación con el Artículo XI del GATT (Eliminación general de las restricciones cuantitativas).

²⁹ Estos investigadores admiten que en el análisis final habría poca diferencia práctica entre un escenario en que la conducta de un privado es atribuida a un gobierno y un escenario en que tal conducta no pueda ser atribuida pero el gobierno tenga, no obstante, la obligación de asegurar que las acciones privadas sean consistentes con la OMC. No obstante, agregan, a nivel conceptual existe una diferencia crucial: la atribución de acciones privadas a un Miembro de la OMC puede ocurrir sobre la base de principios generales que no necesariamente deben estar contemplados en forma expresa en los Acuerdos de la OMC; en cambio, la obligación de un Miembro de la OMC de disciplinar la conducta de los privados exige que los Acuerdos de la OMC prevean una obligación al respecto, explícita o implícitamente (SIEL, 2008: 28).

El mismo documento (SIEL, 2008: 27) identifica también situaciones en que la conducta de un privado no puede ser atribuida al gobierno porque esa conducta ocurre totalmente fuera de la esfera de control gubernamental. En estas situaciones juegan las llamadas disposiciones de “diligencia debida”: (i) disposiciones que requieren expresamente que los Miembros de la OMC tomen medidas para disciplinar la conducta de los actores privados dentro de su jurisdicción, y (ii) disposiciones que si bien no contienen una obligación expresa podrían ser interpretadas en el sentido de exigirla de todos modos. En la primera categoría es posible distinguir, a su vez, entre obligaciones de los Miembros de “asegurar” (obligación de resultado) y obligaciones de “tomar las medidas razonables/las medidas apropiadas” (obligación de conducta).

Algunos comentaristas se han referido a las obligaciones positivas de actuar, u obligaciones de “diligencia debida”, como situaciones en que una conducta privada podría ser atribuida al estado (ver por ejemplo Gandhi, 2005). Para Bohanes y Sandford, en cambio, el concepto de atribución de la conducta es un elemento que difiere de la asignación de la responsabilidad por violación de obligaciones. Bohanes y Sandford opinan que existen situaciones en que un gobierno puede ser responsable en virtud de los Acuerdos de la OMC por tolerar ciertas conductas, aun cuando tales conductas no puedan ser atribuidas al estado (en SIEL, 2008).³⁰

Bohanes y Sandford interpretan que la obligación de tomar las “medidas razonables” a que hace referencia el artículo 4 del Acuerdo OTC, que como vimos es de un espíritu similar al del artículo 13 del Acuerdo MSF, implica una “obligación de conducta” (y no de resultado). Por ejemplo, un Miembro podría satisfacer la obligación de tomar las “medidas razonables” prescribiendo un proceso claro y transparente para la elaboración de las normas, incluyendo derechos de participación y de ser escuchado para los sectores afectados (SIEL, 2008: 35).

Sin perjuicio de ello, Bohanes y Sandford sostienen que el art. 13 del Acuerdo MSF entraña una “obligación de resultado”. Argumentan que en el lenguaje de la OMC, las expresiones “leyes, decretos, reglamentos, requisitos y prescripciones” (contenidos en la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias del Acuerdo MSF) están siempre asociadas con una acción gubernamental. Por lo tanto, para estos investigadores, los actos de instituciones no gubernamentales estarían sujetos a las disciplinas del Acuerdo MSF sólo en la medida en que tales instituciones operen bajo un mandato gubernamental especial. Por la misma razón, entienden que tales actos serían atribuibles a los gobiernos.

Al margen de lo expuesto, debemos tener presente que a la fecha existe escasa jurisprudencia sobre la interpretación del art. 13 del Acuerdo MSF y nada sobre las “entidades no gubernamentales”.³¹ Tampoco existe jurisprudencia en el marco del Acuerdo OTC en relación con las instituciones no gubernamentales. Conforme al art. 3.3 (Disposiciones generales) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC: “Es esencial... la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él... de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro”. Del mencionado artículo surge que las medidas que pueden ser cuestionadas ante un Grupo Especial (GE) deben haber sido adoptadas por un Miembro de la OMC. Ello no supone necesariamente una conducta activa por parte de los gobiernos. Recuérdese que en Estados Unidos-Examen por extinción: acero resistente a la corrosión (Diferencia WT/DS244), el OA sostuvo que:

“En principio, todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida de ese Miembro a efectos del procedimiento de solución de diferencias. Los actos u omisiones que pueden ser atribuidos de ese modo son habitualmente los actos u omisiones de los órganos del Estado, incluidos los del poder ejecutivo.”

Asimismo, el OA dejó abierta la posibilidad de que determinadas acciones de entidades privadas pudieran ser atribuidas a un Miembro, al señalar que: “En esta apelación no es necesario que examinemos cuestiones conexas, como la medida en que los actos u omisiones de gobiernos regionales o locales, o incluso las acciones de entidades privadas, pueden atribuirse a un Miembro en determinadas circunstancias.” La caracterización de una acción privada como una “medida” gubernamental fue abordada por el GE en el asunto Japón-Películas (Diferencia WT/DS44) señalando que:

“Del hecho de que el Acuerdo sobre la OMC es un Acuerdo Internacional, que sólo obliga directamente

³⁰ Ver “Índice Analítico de la OMC”, disponible en el sitio www.wto.org

a los gobiernos nacionales y los territorios aduaneros distintos, se desprende que el término medida utilizado en el... ESD, así como en otros artículos del Acuerdo sobre la OMC, se refiere exclusivamente a las políticas o actos de los gobiernos y no de los particulares. Pero aunque no quepan dudas sobre ese “hecho”, en varias diferencias comerciales los grupos especiales se han visto enfrentados a la necesidad de adoptar una decisión, a veces difícil, acerca del grado en que acciones que a primera vista parecen acciones de particulares pueden ser imputables al gobierno por razón de la conexión del gobierno con esas acciones o el apoyo prestado a ellas.”

Basándose en el análisis de la práctica del GATT respecto a la materia, el GE definió la “suficiente intervención gubernamental” como el criterio decisivo para determinar si una acción privada puede ser considerada una medida gubernamental:

“[Los] asuntos sustanciados anteriormente en el GATT demuestran que el hecho de que una determinada acción sea realizada por particulares no excluye la posibilidad de que pueda considerarse una medida gubernamental si hay una intervención suficiente del gobierno en ella. No obstante es difícil establecer reglas claras al respecto, por lo que esa posibilidad habrá de ser examinada caso por caso.”

De las declaraciones jurisprudenciales transcritas surge que determinadas acciones privadas podrían ser sometidas al procedimiento previsto en el ESD/OMC. Dicha posibilidad estará sujeta a la condición de que se demuestre la existencia de “suficiente intervención gubernamental” para poder afirmar que dichos estándares pueden ser atribuidos al Miembro de que se trate.

En ocasiones, el vínculo entre la acción privada y un gobierno puede ser tan tenue que no sea factible atribuírsela a tal gobierno. Además, incluso habiendo convencido a un GE de que la conducta es atribuible al gobierno, Bohanes y Sandford (en SIEL, 2008: 26) opinan que el reclamante puede no llegar a la constatación esperada si no cuenta con una disposición que “capture” esa conducta.

Al respecto, parece importante mencionar que una de las peculiaridades de la normativa de la OMC es la posibilidad de impugnar “medidas” incluso cuando tales medidas no violan la normativa OMC. El Artículo XXXIII del GATT, titulado “Anulación o menoscabo”, se refiere a los casos en que:

“... una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

- b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o
- c) que exista otra situación,...

Bohanes y Sandford (en SIEL, 2008) analizan ambos incisos. Con relación al inciso b), desde el establecimiento de la OMC, sólo fue invocado en tres casos y ninguno resultó exitoso.³² En el caso Comunidades Europeas-Amianto, el OA estuvo de acuerdo en que ese inciso debía considerarse un remedio excepcional.³³ En cuanto al inciso c), para Bohanes y Sandford (en SIEL, 2008: 60 y 61), la expresión “otra situación” es suficientemente amplia para comprender la conducta de los privados. Observan que ese inciso, a diferencia del inciso b), no se refiere a una “medida” y por lo tanto las conductas privadas restrictivas del comercio estarían alcanzadas independientemente de que puedan o no ser atribuidas a un gobierno e independientemente de si el gobierno estaba o no obligado a tomar acciones contra tales conductas privadas.

³¹ Japón-Películas; Comunidades Europeas-Amianto y Corea-Contratación pública.

³² Informe del OA, diferencia WT/DS135, párrafo 186; refiriéndose al Informe del GE en el caso Japón-Películas, párrafo 10.37.

5. Conclusiones

Las normas privadas se hallan estrechamente vinculadas a un contexto económico en evolución así como al marco legal e institucional. Gran parte del impulso de las normas privadas se debe al propósito de mitigar los riesgos comerciales y/o de reputación asociados con la inocuidad de los productos alimenticios, traduciendo las preocupaciones de los consumidores en un instrumento de diferenciación de los productos.

Las normas privadas están desempeñando un rol cada vez más importante en el sistema global agroalimentario. Están definiendo la forma de organización de las cadenas agrícolas de suministro y las condiciones bajo las cuales los productos agrícolas y alimentarios se producen, se procesan y se distribuyen. No sólo parecen haber llegado para quedarse, sino que las estimaciones inducen a pensar que su alcance y rigor aumentarán con el tiempo. A su vez, si bien existe escasa evidencia empírica, hay motivos suficientes para sostener que, en un importante número de casos, las normas privadas están convirtiéndose en un determinante crucial del acceso a los mercados, especialmente en determinados países industrializados.

Con relación a las normas públicas existe un procedimiento que ha probado ser efectivo al momento de impugnar medidas que implican una restricción encubierta al comercio internacional. En cambio, que un país pueda recurrir a la OMC solicitando con éxito el establecimiento de un Grupo Especial a efectos de analizar la compatibilidad de las normas privadas voluntarias con los Acuerdos de la Organización es un debate aún no zanjado. Sin menospreciar las dificultades en términos probatorios, existen instrumentos legales, y antecedentes que lo confirman, en virtud de los cuales, reunidos determinados supuestos, es factible atribuir a los gobiernos cierta responsabilidad por actos que, a primera vista, se presentan como propios de los particulares.

En cualquier caso, el rol de los gobiernos consiste en asegurar que las normas privadas no constituyan o encubran prácticas anticompetitivas (World Bank, 2005: 9). El riesgo que se corre frente a la imposibilidad de poner cierto coto a las normas privadas, por lo demás traccionadas por el propio mercado, bien lo resumen las palabras pronunciadas por el representante de Argentina, debidamente sentadas en el acta correspondiente (OMC, 2005), cuando en la reunión del Comité MSF en que se planteó el tema de las normas EurepGAP:

“... recordó que la comunidad internacional había concluido acuerdos internacionales para garantizar que las normas internacionales no fueran innecesariamente rigurosas, de manera que actuaran como obstáculos al comercio internacional, y los países habían dedicado tiempo y recursos financieros y humanos a asistir a todas las reuniones internacionales en la que se habían examinado, elaborado y aplicado normas. Si el sector privado fuera a aplicar unas normas innecesariamente restrictivas que afectaran al comercio y los países no dispusieran de un foro en el que propugnar cierta racionalización de esas normas, 20 años de debates en los foros internacionales habrán sido inútiles.”

Por lo pronto, pareciera que la mejor opción de que disponen los países que han expresado preocupaciones respecto del impacto de las normas privadas en el comercio internacional consiste en participar activamente del Grupo de Trabajo conformado en el ámbito del Comité MSF.

Ciertamente, las posibles acciones que puedan consensuarse en el Comité MSF estarán circunscriptas a los aspectos sanitarios y fitosanitarios de las normas privadas, por lo que permanecerán sin resolver otro importante número de cuestiones (como las prescripciones que apuntan al bienestar animal o a la protección del medioambiente). No obstante, si la labor del Comité MSF resultara positiva, existiría un antecedente susceptible de ser replicado, con los ajustes necesarios, en otros ámbitos.

Bibliografía

- Antle, John M. (1995). *Choice and Efficiency in Food Safety Policy*. Washington D.C.: AEI Press.
- Bruzzone, Iván (2008). *Manzana y Pera: perfiles productivos*. Disponible en www.alimentosargentinos.gov.ar (23/09/08).
- Casella, Alessandra (2001). Product Standards and International Trade: Harmonization Through Private Collations? *Kyklos* 54 (2/3): 243-264.
- Caswell, Julie A. y Neal H. Hooker (1996). HACCP as an international trade standard. *American Journal of Agricultural Economics* 78 (3): 775-779.
- Caswell, Julie A. y Gordon V. Johnson (1991). Firm Strategic Response to Food Safety and Nutrition Regulation. En Julie A. Caswell (Ed.), *Economics of Food Safety*. New York: Elsevier Science Publishing Company.
- Caswell, Julie A. y Siny Joseph (2006). *Consumer's Food Safety, Environmental and Animal Welfare Concerns: Major determinants for agricultural and food trade in the future?*; paper prepared for Summer Symposium of the International Agricultural Trade Research Consortium (IATRC). Bonn, Germany, 28-30 March 2006.
- Chia-Hui, Lee G. (2006). *Private food standards and their impacts on developing countries*. European Commission DG Trade Unit G2.
- COLEACP (2007). *Food Quality Certification Adding value to farm produce*. Brussels, 5/6 February 2007. Presentación ppt disponible en: http://ec.europa.eu/agriculture/events/qualityconference/stinglhamber_en.pdf (15/09/2008).
- Dobson, Paul W. (2003). *Buyer Power in Food Retailing: The European Experience*; paper presented at the conference Changing Dimensions of the Food Economy: Exploring the Policy Issues. The Hague; Netherlands.
- Farrell, Joseph y Garth Saloner (1985). Standardization, Compatibility and Innovation. *Rand Journal of Economics* 16: 70-83.
- Fulponi, Linda (2006). Private voluntary standards in the food system: the perspective of major food retailers in OECD countries. *Food Policy* 31:1 1-13.
- Galperín, Carlos y Guillermo Perez (2004). *Los complejos de manzanas y peras de la Argentina y los requisitos sanitarios y ambientales: un análisis de fragilidad*. Documentos de Trabajo N° 118. Buenos Aires: Universidad de Belgrano.
- Gandhi, Samir R. (2005). Regulating the use of voluntary environmental standards within the World Trade Organization legal regime: Making a case for developing countries. *Journal of World Trade* 39(5): 855-880.
- García Martínez, Marian, Andrew Fearn, Julie A. Caswell y Spencer Henson (2005). *Co-Regulation of Food Safety: Opportunities for Private-Public Partnerships*. Ashford: Imperial College at Wye.
- Henson, Spencer (2006). *The role of Public and Private Standards in Regulating International Food Markets*; paper prepared for Summer Symposium of the International Agricultural Trade Research Consortium (IATRC). Bonn, Germany, 28-30 March 2006.
- Henson, Spencer y Neal H. Hooker (2001). Private Sector Management of Food Safety: Public Regulation and the Role of Private Controls. *International Food and Agribusiness Management Review* 4: 7-17.
- Henson, Spencer y James R. Northen (1998). Economic Determinants of Food Safety Controls in the Supply of Retailer Own-Branded Products in the UK. *Agribusiness* 14 (2): 113-126.

- Henson, Spencer y Thomas Reardon (2005). Private Agri-Food Standards: Implications for Food Policy and the Agri-Food System. *Food Policy* 30 (3): 241-253.
- Jaffee, Steve (2003). *From Challenge to Opportunity: Transforming Kenya's Fresh Vegetable Trade in the Context of Emerging Food Safety and Other Standards in Europe*. Washington D.C.: World Bank.
- Jaffee, Steve y Spencer Henson (2004). *Standards and Agro-Food Exports from Developing Countries: Rebalancing the Debate*. World Bank Policy Research Working Paper 3348.
- Jaffee, Steve y Oliver Masakure (2005). Strategic use of private standards to enhance international competitiveness: Vegetable exports from Kenya and elsewhere. *Food Policy* 30, 316-333.
- Katz, Michael L. y Carl Shapiro (1985). Network Externalities, Competition, and Compatibility. *American Economic Review* 75: 424-440.
- Luff, David (2004). *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce – Analyse critique*. Brussels: Bruylant.
- Lutz, Stefan., Thomas P. Lyon y John Maxwell (2000). Quality Leadership When Regulatory Standards are Forthcoming. *Journal of Industrial Economics* 48 (3): 331-348.
- Nadvi, Khalid y Frank Waltring (2003). Making Sense of Global Standards. En Schmitz, H. (ed.), *Local enterprises in the Global economy: Issues of Governance and Upgrading* (53-94). Cheltenham: Edward Elgar.
- OMC (2002). *Cómo aplicar las disposiciones en materia de transparencia del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*. Ginebra: OMC.
- OECD (2006a). *Final Report on Private Standards and the Shaping of the Agro-food System; AGR/CA/APM(2006)9/FINAL*. París: OECD.
- OECD (2006b). *Private standards schemes and developing country access to global value chains: challenges and opportunities emerging from four case studies; AGR/CA/APM(2006)20*. París: OECD.
- OECD (2006c). *Private Standards and the Shaping of the Agri-Food System*. París: OECD.
- OMC (2003). *Entender la OMC*. Ginebra: OMC.
- OMC (2005). Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. *Resumen de la reunión celebrada los días 29 y 30 de junio de 2005 (G/SPS/R/37/Rev.1)*.
- OMC (2006a). Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. *Resumen de la reunión del 24 de octubre de 2005, reanudada los días 1º y 2 de febrero de 2006 (G/SPS/R/39)*.
- OMC (2006b). Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. *Resumen de la reunión celebrada los días 11 y 12 de octubre de 2006 (G/SPS/R/43)*.
- OMC (2007a). *Las Normas Privadas y el Acuerdo MSF*. Nota de la Secretaría (G/SPS/GEN/746).
- OMC (2007b). *Las normas privadas voluntarias y el acceso a los mercados para los países en desarrollo: resultados preliminares*. Comunicación de la OCDE (G/SPS/GEN/763).
- OMC (2007c). *Normas del Sector Privado*. Comunicación de San Vicente y Granadinas (G/SPS/GEN/766).
- OMC (2007d). *Las normas privadas voluntarias en el marco multilateral de la OMC*. Comunicación del Reino Unido (G/SPS/GEN/802).

OMC (2007e). *Normas del sector privado y exportaciones de países en desarrollo de frutas y hortalizas frescas*. Comunicación de la UNCTAD (G/SPS/GEN/761).

OMC (2008a). Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. *Resumen de la reunión celebrada los días 2 y 3 de abril de 2008* (G/SPS/R/49).

OMC (2008b). Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. *Resumen de la reunión celebrada los días 24 y 25 de junio de 2008* (G/SPS/R/51).

OMC (2008c). Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. *Normas Privadas – Identificación de medidas prácticas para el Comité MSF – Resumen de las respuestas recibidas* (G/SPS/W/230).

Reardon, Thomas y Elizabeth Farina (2001). *The rise of private food quality and safety standards: illustrations from Brazil*; trabajo presentado en el International Food and Agribusiness Association's 2001 Food and Agribusiness Symposium. Sydney, 27 de Junio.

Reardon, Thomas, Jean-Marie Codron, Lawrence Busch, James Bingen y Craig Harris (2001). Global Change in Agri-Food Grades and Standards: Agribusiness Strategic Responses in Developing Countries. *International Food and Agribusiness Management Review* 2 (3/4):421-435.

Roberts, Donna (2004). *The Multilateral Governance Framework for Sanitary and Phytosanitary Regulations: Challenges and Prospects*. Washington DC: World Bank.

SIEL – Society of International Economic Law (2008). *The (untapped) potential of WTO rules to discipline private trade-restrictive conduct*. Working Paper N° 56/08; Inaugural Conference. Geneva, Julio 15-17, 2008.

UNCTAD (2007a). *Private-sector-set Standards and Developing Countries' Exports of Fresh Fruit and Vegetables: Synthesis of Country-case Studies in Africa (Ghana, Kenya, Uganda), Asia (Malaysia, Thailand, Vietnam), and Latin America (Argentina, Brazil, Costa Rica)*. Background Note by the UNCTAD secretariat for the FAO-UNCTAD Regional Workshop on Good Agricultural Practices in Eastern and Southern Africa: Practices and Policies. Nairobi, Kenya, 6-9 Marzo 2007.

UNCTAD (2007b). *The implications of private-sector standards for good agricultural practices - Exploring options to facilitate market access for developing country exporters of fruit and vegetables: Experiences of Argentina, Brazil and Costa Rica*; (UNCTAD/DITC/TED/2007/2). New York and Geneva: UNCTAD.

USAID (2005). *The relationship of third-party certification to sanitary/phytosanitary measures and the international agri-food trade: Final Report*. Raise SPS Global Analytical Report #9.

Vermeulen, Hester, Danie Jordaan, Lise Korsten y Joahnn Kirsten (2006). *Private standards, handling and hygiene in fruit export supply chains: a preliminary evaluation of the economic impact of parallel standards*; Working paper 2006-01. Faculty of Natural and Agricultural Sciences; University of Pretoria.

WORLD BANK (2005). *Food Safety and Agricultural Health Standards: Challenges and Opportunities for Developing Country Exports*. Washington D.C.: World Bank.