constituido todo un récord, ha sido la de Fidel Castro, que logró lo insólito, como fue el establecimiento de un gobierno socialista, que todavía subsiste en nuestro continente.

Menos espectaculares, pero no por ello menos importantes, han sido otros actos y actitudes, que también han coincidido en esta postura, como puede ser, por ejemplo, la de México para no apoyar la exclusión de Cuba del seno de la OEA, pese a las presiones norteamericanas en este sentido, o bien las diversas expropiaciones y nacionalizaciones, como la del petróleo venezolano; las que hizo hace tiempo Chile en el sector minero, y la actitud común de los países para la promoción y formalización de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, y otros más, que ciertamente nos dicen que los aires, o al menos algunas corrientes, soplan ya en otro sentido, y que empiezan a recoger frutos de estas actividades, como puedan ser la presencia de un SELA (Sistema Económico Latinoamericano), de un Pacto Andino, de una actividad en organizaciones sin la presencia norteamericana, como puede ser la CECLA (Comisión Especial de Coordinación Latinoamericana) y “extramuros”, la participación en la OPEP, y otros casos más que ilustran debidamente lo dicho.

Terminamos la aparente digresión, que no lleva más propósito que facilitar la comprensión y la trascendencia de este fenómeno comercial y su repercusión en el continente americano.

X. LA PROTECCIÓN AL COMERCIO INTERNACIONAL CONTRA LAS PRÁCTICAS LEGÍTIMAS DE COMERCIO: SALVAGUARDIAS Y OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN. LAS SALVAGUARDIAS DE LA AGRICULTURA: EL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA (ASA) Y OTRAS MEDIDAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN

Habiendo desarrollado ya los conceptos básicos que componen teóricamente al acto comercial, que igual se da en los negocios internos que internacionales, debemos ahora tocar el tema de lo que debe ser un acto de comercio apegado al derecho, conforme la doctrina y la norma legal positiva, que se aplica tanto de carácter internacional como local, incluyendo los procedentes, que juegan un papel relevante en la actividad comercial que sustentan tan importante relación pública y privada, ya que no solamente interesa a los particulares, sino también a los Estados, dado que pueden ser sujetos de acciones contenciosas de esta índole.

Pasemos, pues, al tema de la protección de los actos y las relaciones comerciales calificadas de “justas” (*fair*).

¿Qué se considera como comercio justo o, más bien, legítimo?

Por tal se estima que es aquel que acata y se apega a respetar los elementos que componen al acto desde su inicio; esto es, desde la producción o elaboración del bien que será objeto de la transacción de compraventa cualquiera que sea la forma que observe en su transmisión de propiedad.

Desde la época remota en que se desarrolló el derecho romano, como explicamos, fuente de creación indudable de los principios básicos de la ciencia jurídica, se utilizaba una fórmula, que refleja aún hoy en día lo que es la esencia del acto, y es la siguiente: *quid pro quo*. Así también otra más: *do ut des, do ut faquíes*.

Por ello, hemos insistido en que el acto comercial debe contener, para que se consuma, un intercambio de bienes que acuerden ambas partes, que llevan adelante la acción comercial, o sea, el comprador y el vendedor.

Si, por lo contrario, se ha alterado de cualquier forma alguno de los insumos, será *unfair* o “injusto”, en cuyo caso será ilegal.

Sin embargo, puede suceder que formalmente se cumplan los requisitos de sumar los insumos que aparezcan en la conformación del precio, pero la utilización de “instrumentos idóneos” puede provocar alteraciones no legítimas en los componentes del bien.

En afirmación de lo anterior, citaré textualmente lo dicho por el profesor de Harvard, Bart S. Fisher, al referirse al punto en cuestión, cuando dice:

The quest for foreign trade that is both “free” and “fair” has been a pervasive theme in United States foreign economic policy since the beginning of the republic. From Alexander Hamilton’s famous Report on manufactures in 1791 through the “Nixon Shocks” of August 15, 1971, americans have been exhorted not to compete against “unfair foreign competition with one hand tied behind... their backs.

This defensive reaction explains in large part the apparent contradictions between the generally precompetitive policy for domestic United States trade and an extensive limitation placed on foreign competition by tariffs, quotas and other protectionist devices

Más aún, resulta necesario considerar que existen actividades comerciales que dada su condición específica, así como ciertas particularidades, se excluyen de la norma fundamental consagrada en el artículo I, párrafo 1, del GATT 47/94 y no son, como pudiera suponerse, escasas, o bien están sujetas a ciertas afectaciones temporales que las apartan de tal obligación.

Enumeraré, a efectos de ilustrar lo anterior, alguna de ellas, para luego enfocar nuestra atención en la salvaguarda.

Tenemos, pues, las siguientes excepciones temporales o permanentes:

- Artículo I.2, a) c d)
- Artículo XVII.2
- Artículo XVIII
- Artículo XIX
- Artículo XX
- Artículo XXI
- Artículo XXIV
- Artículo XXV
- Artículo XXIX, parte IV

De todas ellas nos ocuparemos de manera detallada, del contenido del artículo XIX, cuyo contenido es la denominada “cláusula de salvaguarda” o “cláusula de escape” o de “urgencia”, pues presenta determinadas similitudes en su tratamiento con las medidas de protección en contra de las contenidas en las prácticas ilícitas de comercio, conocidas también como “desleales”, en una traducción literal de la palabra en inglés *unfair*, que nos parece impropia.

Su función es similar en metas o propósitos a las anteriores, pues constituyen formas de proteger a la planta productiva y potencial exportadora de un país, razón que nos justifica incluirla en el grupo de las fórmulas utilizadas para el propósito de las anteriores, de ahí la razón que me lleva a motiva para ello.

Veamos cuáles son dichas medidas de protección a la planta productiva de un país.

Cláusula de emergencia o salvaguarda

A. Antecedentes: la OIC y el artículo XIX

El artículo 40 de la Carta de la Organización Internacional de Comercio (OIC) y el Tratado de Comercio celebrado entre México y Estados Unidos de América el 23 de diciembre de 1942.

Los postulados de la doctrina del “libre comercio” —si así se les puede denominar— sostienen que para lograr las metas planteadas en la Carta de La Habana, y particularmente en el GATT, el comercio mundial se incrementará a través del intercambio de mercancías basado en la tesis de la “ventaja comparativa”, en donde los mercados se autorregularán de mane-

ra libre y automática. Sin embargo, la realidad imperante muestra que la pretendida aplicación simplista de estos postulados puede producir daño y dislocación del mercado a los productores nacionales, especialmente a los menos eficientes.

Continuando con los razonamientos del libre mercado, se supone que a largo plazo los productores se transformarán y serán más eficientes, o bien destinarán sus recursos a otras actividades más competitivas. Más aún, se espera que la importación creciente de aquellos productos no equilibrados por los cambios provocados compensarán los efectos dañinos.

En los hechos, la realidad nos muestra otra cosa, pues los pretendidos cambios no se dan, o bien, en el mejor de los casos, no se dan a la velocidad necesaria para evitar o paliar los efectos negativos; no hay, en estas circunstancias, ni la capacidad financiera para apoyarlos ni los recursos humanos suficientes que faciliten las transformaciones requeridas por la producción nacional.

Por ello la pertinencia de reconocer esta situación primeramente, y luego, de crear respuestas adecuadas para evitar los daños, fueron advertidos oportunamente por los creadores del GATT; pero al mismo tiempo se ocuparon de que el acceso a tales remedios no fuera fácil, sino, por el contrario, el camino se empedró para dificultar el tránsito. La lucha por alcanzar las metas del comercio libre continuó presente, y en esta pugna de situaciones, que son contradictorias entre sí, se elaboraron mecanismos para ordenar las importaciones.

Como era lógico, los Estados Unidos promovieron dichos instrumentos ante la presión, por una parte, de sus productores, que constantemente criticaban a su gobierno, por ser tan “generoso” con los proveedores extranjeros, abriéndoles indiscriminadamente las puertas de su mercado, y, por la otra, de sus industriales, que pretendían acceder a los mercados mundiales con sus productos altamente competitivos, a cambio de abrir el propio. De ahí nació la originalmente llamada *escape clause*, que más tarde se convertiría en la cláusula de salvaguarda, y daría pie a toda una gama de fórmulas protectoras del producto doméstico, mediante las cuales se cubriría a los mismos de los efectos negativos de la apertura comercial.

En el foro de las negociaciones del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio y en el borrador de la Carta Constitutiva de la Organización Internacional de Comercio²³⁵ (que nunca entró en vigor, como

²³⁵ “Article 40. Emergency Action on Imports of Particular Products”, Text of Geneva Draft Charter for an International Trade Organization, International Conciliation, New York, October 1947.

es sabido), se reflejó esta preocupación, quedando a la postre sólo lo negociado en el GATT, presente en el artículo XIX.

La historia del precepto es singular: la pertinencia de contar con esta disposición era de gran interés para el gobierno norteamericano, por lo que fue el patrocinador y promotor de la cláusula.²³⁶ La razón estaba en la obligación impuesta por el Poder Legislativo en febrero de 1947,²³⁷ de incluir en cualquier tratado comercial que celebrara, la cláusula señalada, cuyo origen se remonta a un tratado bilateral que celebró Estados Unidos con México en 1942, vigente a partir del siguiente año.²³⁸ Esto explica por qué se le llamaba a la cláusula de salvaguardia establecida en el artículo XIX del GATT, la “Mexican Clause”.

El tratado bilateral revistió todas las formalidades legales, pues todavía no existía la posibilidad de negociarlos bajo la forma de los denominados “acuerdos ejecutivos” (*executive agreements*),²³⁹ que solamente se ocupaban de temas políticos y bélicos, por lo que el gobierno norteamericano lo sometió a la aprobación del Senado, y tuvo toda la fuerza legal necesaria. Más allá del interés particular estadounidense por la inclusión de la salvaguardia, se justifica por algunos actores por cumplir con una función de protección a determinados sectores productivos, de los embates de las importaciones imprevistas y desusadas de bienes iguales o similares por la apertura comercial. Más adelante persistiremos en ese punto.²⁴⁰

Para México, este tratado resultó una experiencia interesante y novedosa, pues carecía de algún orden jurídico que regulara tan importante flujo comercial internacional (el más), ya que el único intento efectuado en abril

²³⁶ “The GATT escape clause, Article XIX was a result of United States desires”, Jackson John, *op. cit.*, nota 7, p. 553. *Executive Branch GATT Studies Committee on finance United States Senate*, March 1974, p. 123; Bahla, Raj y Kennedy, Kevin, *op. cit.*, p. 899, y Destler, I. M., *American Trade Politics*, 4a. ed., Institute of International Economic, 2005, p. 22.

²³⁷ Executive Order 9832,3, C.F.R. Section 624, 625 (II, 25-1947).

²³⁸ Tratado de Comercio celebrado entre México y Estados Unidos de América el 23 de diciembre de 1942. Véase Destler, I. M., *American Trade Politics*, Instituto of International Economics, 2005, pp. 22 y ss.

²³⁹ Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas cartas paralelas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2001, vol. I, pp. 129-136.

²⁴⁰ Stewart, Terence P., “Safeguards”, en *The GATT Uruguay Rounds, a Negotiation History (1986-1998)*, The Netherlands, Kluwer Law International, 1993, vol. II, pp. 1771-1820; Pawelyn, Joost, “The Puzzle of WTO Safeguards in Regional Trade Agreements”, *Journal of International Economic Law*, vol. 7, Issue 1, March, 2004. Asimismo, Cruz Barney, Oscar, “Las salvaguardias arancelarias en tiempo de crisis”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XII, 2012.

de 1831²⁴¹ no prosperó. Así, durante varios años estuvo vigente a partir del 1.º de enero de 1943²⁴² hasta que fue denunciado por la parte mexicana.²⁴³

B. *El artículo XIX del GATT y los requisitos que deben satisfacerse*

El antecedente directo del artículo mencionado lo encontramos en el numeral XI, pues contiene la base de toda la prevención y remedio en su caso, frente a las importaciones que por "...acontecimientos imprevistos y de la concesión otorgada a cualquier artículo amenacen u ocasionen serios perjuicios a los productores nacionales, el gobierno de cualquiera de los dos países estará en libertad de retirar en todo o en partes, la concesión otorgada o bien modificarla". Este precepto, con algunos cambios, vendrá a convertirse años más tarde en la cláusula XIX del GATT,²⁴⁴ cuyo texto merece un atento análisis. Reza así:

Artículo XIX

Medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados

1. a) Si como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en este territorio, dicha parte contratante podrá en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión.

b) Si una parte contratante ha otorgado una concesión relativa a una preferencia y el producto al cual se aplica, es importado en un territorio de dicha parte contratante en las circunstancias enunciadas en el apartado a) de este párrafo, en forma tal que cause o amenace causar un daño grave a los productores de productos similares o directamente competidores, establecidos en

²⁴¹ "Tratado de Amistad, Comercio y Navegación", 5 de abril de 1831, en *Derecho internacional mexicano*, México, edición oficial, MDCCCLXXVIII (1878).

²⁴² *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1942.

²⁴³ Carrancá González, A. Juan Luis, "Análisis del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio", *El Comercio Exterior de México*, México, IMCE, ADACI, 1980, tomo I, pp. 98-104.

²⁴⁴ Jackson, John H., *op. cit.*, nota 7, pp. 554 y 555, y del mismo autor; *The World Trading System: Law and policy of International Economic Relations*, 2a. ed., Cambridge, The MIT Press, 2002, pp. 179 y 180.

el territorio de la parte contratante que se beneficie o se haya beneficiado de dicha preferencia, esta parte contratante podrá presentar una petición a la parte contratante importadora la cual podrá suspender entonces total o parcialmente la obligación contraída o retirar o modificar la concesión relativa de dicho producto, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar el daño.

2. Antes de que una parte contratante adopte medidas de conformidad con las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, le notificará por escrito a las Partes Contratantes con la mayor anticipación posible. Les facilitará además, así como a las partes contratantes que tengan un interés substancial como exportadores del producto de que se trate, la oportunidad de examinar con ella las medidas que se propongan adoptar. Cuando se efectúe dicha notificación previa con respecto a su concesión relativa a una preferencia, se mencionará a la parte contratante que haya solicitado la adopción de dicha medida. En circunstancias críticas, en las que cualquier demora entrañaría un perjuicio difícilmente reparable, las medidas previstas en el párrafo 1 de este artículo podrán ser adoptadas provisionalmente sin consulta previa, a condición de que ésta, se efectúe inmediatamente después de que se hayan adoptado las medidas citadas.

Con el propósito de analizar los puntos más relevantes de los párrafos anteriores, suspenderemos la transcripción textual del artículo, y dejamos para más adelante el resto del mismo, constituido solamente por el párrafo 3.

El párrafo 1 a) transcrito contiene diversas hipótesis, que deben presentarse en el caso concreto y, desde luego, acreditarse fehacientemente, para poder aplicar legítimamente las medidas contenidas en el mismo precepto. Para efectos de su mejor comprensión, las consideramos en dos grupos:

1. *Condiciones existentes que justifiquen la imposición de las medidas de escape o salvaguardia.* Para ello, deberá efectuarse una investigación cuidadosa por parte de las autoridades afectadas, con base en elementos claros y, sobre todo, objetivos, que justifiquen la medida protectora.
2. La imposición de la medida o de las acciones correctoras y protectoras que se decidan tomar y la sujeción a ciertos parámetros y condiciones que las legitimen.

Los requisitos del primer grupo son:

- Un cambio imprevisible —“evolución” es el término oficial— en las circunstancias.²⁴⁵

²⁴⁵ OMC, *Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. Los textos jurídicos*, Ginebra, Organización Mundial del Comercio, 2003.

- La existencia de una obligación de aplicar ciertas concesiones arancelarias a cargo de una parte contratante derivadas del “presente Acuerdo”; esto es, del GATT.
- El incremento de las importaciones de un producto, en cantidades tales que ocasionen o amenacen causar un daño grave a los productos nacionales de productos similares o directamente competidores.

El afectado podrá suspender total o parcialmente la obligación de referencia, modificarla o, más aún, retirarla.

Tal medida se establecerá sólo por un término y en la medida necesaria para reparar o prevenir el daño, salvo cuando se decida retirarla.

a. Un cambio imprevisible de las circunstancias

De manera consciente hemos modificado el término de “evolución imprevista” que contiene el precepto legal, y hemos usado “imprevisible”, pues expresa de mejor manera lo que pretende. Ambas expresiones, a nuestro entender, no son sinónimos, pues la primera significa que *no fue* estimado al otorgar la concesión, pero que pudo haberse considerado como un acontecimiento probable, y el otro implica que no era factible dentro de una lógica aplicable a las circunstancias del momento, haber apreciado entre los eventos futuros que pudieran ocurrir.

Los comentarios que ha formulado la OMC para aplicar el artículo XIX²⁴⁶ nos llevan a enfatizar tal diferenciación, derivados del primer caso verdaderamente relevante que se presentó sobre el particular, cuyas partes fueron los Estados Unidos, como demandada, y la entonces República de Checoslovaquia, como actora, en 1950, así como Austria, Francia, Italia y Gran Bretaña como países afectados. Dicho caso se ha convertido en un clásico en la materia, pues el grupo de trabajo, conformado de acuerdo con las normas del GATT aplicables, concretamente el artículo XXIII.2, definió y precisó algunos conceptos legales. Así, se refirió al tema de los acontecimientos imprevistos de la siguiente manera:

That the term unforeseen development should be interpreted to mean developments occurring after²⁴⁷ the negotiation of the relevant tariff concession

²⁴⁶ WTO, *Guide to GATT Law and Practice*, Geneva, WTO and Cambridge University Press, 1995, p. 518.

²⁴⁷ Withdraw by the United States of a Tariff Concession under Article XIX of the General Agreement, GATT/CP/106 22, October 1951.

which it would not be reasonable to expect that the negotiation of the country making the concession could and should have foreseen at the time when the concession was negotiated.

Resulta por demás interesante no sólo lo anterior, sino también el hecho de que aun si el acontecimiento resulta difícil de prever, menos posible será vislumbrar los efectos económicos que se derivan de los mismos. Un matiz que ha sido sugerido es que el cambio de las circunstancias constituye algo más que un cambio general del orden económico, ya que resulta claro que por el solo hecho de abatir los aranceles devendrá un perjuicio económico al productor doméstico.

b. Una obligación legal de establecer ciertas preferencias arancelarias

Aparentemente es simple demostrar la hipótesis de la existencia de una obligación previa acorde con el GATT, pues bastará acreditar la existencia del acuerdo correspondiente y su cumplimiento al modificar los aranceles. No así el vínculo de casualidad entre tal hecho, unido además al incremento de las importaciones y los efectos negativos, más el cambio de circunstancias que concurren al mismo tiempo. ¿Hasta dónde puede darse una simple coincidencia de factores, y hasta dónde se podrá atribuir a sólo uno de ellos la razón del efecto negativo?

Por otra parte, si un país sufre un daño o su amenaza por el incremento súbito de importaciones que afectan a sus productos, mas no existe un acuerdo preferencial previo, ¿el afectado no podrá acudir al artículo XIX? No abundaremos sobre el particular, pues, como veremos más adelante, el Acuerdo sobre Salvaguardias (ASG) de la OMC ya no incluye este requisito. En cambio, los demás sí continúan presentes, o sea, el que tenga lugar un incremento notable de las importaciones de un bien determinado, que provoque un daño grave o amenace con provocarlo y que exista una relación de causalidad entre ambos, por lo que de ellos nos ocuparemos al revisar el siguiente cuerpo legal.

Nos parece interesante el comentario que sobre este punto expresan los profesores Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Bernardo Saravia, al sostener que "...la evolución doctrinaria de las medidas de salvaguardia dista de ser informante positiva...". La experiencia demuestra que las decisiones estatales "...rara vez se fundan en motivos económicos válidos... sino que tienen su origen en presiones políticas, visiones erróneas... cuando no en el puro y vulgar cohecho".²⁴⁸

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 414.

C. *El Acuerdo sobre Salvaguardias (ASG) de la OMC*

Durante la presencia del GATT se plantearon diversas cuestiones y dudas con relación al artículo XIX, por lo que al negociarse en la Ronda Uruguay la creación de la OMC, junto con sus acuerdos satelitales, se modificaron y completaron algunos términos del artículo XIX a través del Acuerdo sobre Salvaguardias.

De manera manifiesta y expresa, en la parte declaratoria, en su párrafo segundo, se indica lo siguiente: “Reconociendo la necesidad de aclarar y reforzar las disciplinas del GATT del 1994 y concretamente las de su Artículo XIX (Medidas de Urgencia sobre la importación de productos determinados), de establecer el control multilateral sobre las salvaguardias y de suprimir las medidas que escapan a tal control”.

Conviniere en lo siguiente:

ARTICULO I Disposiciones Generales

El presente Acuerdo establece normas para la aplicación de medidas de salvaguardia entendiéndose por estas las medidas previstas en el Artículo XIX del GATT de 1994.

Los requisitos que este Acuerdo (cuya vigencia se iniciara en 1995 a la par de la OMC), consigna en su Artículo 2 intitulado *Condiciones*, son los siguientes:

- El incremento de las importaciones de un producto en un volumen y en términos absolutos o en relación con la producción nacional y en tales condiciones que
- Causan o amenazan causar *daños graves* a la producción nacional
- De productos similares o directamente competidores.

Cuando se demuestre lo anterior, se podrán aplicar medidas de salvaguardia al producto importado fuere cual fuere su procedencia. Estas reformas y otras nuevas disposiciones que aparecen en el Acuerdo, de nueva cuenta se deben fundamentalmente al interés norteamericano en promoverlas, lo que explica la incorporación de diversos conceptos de su propia ley.²⁴⁹ Se repitió la historia del artículo XIX, dado que la existencia del citado Acuerdo no invalida el texto del mismo, sino, por el contrario, lo aclara y precisa; es pertinente derivar de lo dicho, que ya no se exige el requisito

²⁴⁹ “In many ways the safeguards agreement brings into international law obligation many of the checks and safeguards that exists in the U.S. escape clause legislation...”. Jackson, John H., *op. cit.*, nota 17, p. 210.

de la existencia de una preferencia arancelaria previa y su aprovechamiento por parte del beneficiario, como aparece en el texto del artículo XIX en su párrafo 1 a).²⁵⁰ Pasemos a comentar el primer requisito que debe existir y, desde luego, ser probado.

- a. El incremento en las importaciones de un producto en un volumen tal o en términos absolutos en relación con la producción nacional del bien similar o directamente competitivo²⁵¹

Originalmente sólo se califica o acota lo relativo al hecho de que el incremento de las importaciones deba considerarse con referencia a algún factor de la producción doméstica, como sería el costo, el volumen, su tiempo en producirlo y otros, por lo que el país afectado podrá a su criterio fijar si será con base en la producción doméstica correspondiente; esto es, en la rama similar, o en forma absoluta en su valor.

En ambos casos hay un elemento presente, que juega un papel definitivo, como es el recargar el peso en el volumen de las importaciones más que en el valor. Una de las razones para subrayar esta distinción estriba en que el factor valor de los bienes se puede ver afectado por variaciones cambiarias, y esto distorsiona el requisito exigido. Al evaluar el susodicho incremento, necesariamente será pertinente considerar un plazo para medirlo.

Se han planteado diversos criterios; en algunos casos, como sucede con la ley mexicana, se previene en el artículo 72 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, que el "...crecimiento considerable de las importaciones totales..." deberá haber sucedido en un periodo relativamente corto. Curiosamente, la propia ley no se pronuncia sobre el plazo, sino solamente enfatizó el incremento de las importaciones y el daño o su amenaza (artículo 45).

Por el contrario, las disposiciones norteamericanas han permitido la utilización en la práctica y en general de un término de cinco años,²⁵² sin perjuicio de que en circunstancias especiales sea modificado a más corto o aun mayor.²⁵³

²⁵⁰ La eliminación de este requisito se hizo en concordancia con lo que establece el artículo 201 de la Trade Act of 1974 (19 U.S.C. 2251-2253 de los Estados Unidos).

²⁵¹ Este requisito es el mismo que señala el artículo XIX, como lo hicimos notar anteriormente, y los demás también subsisten, como la constataremos más adelante.

²⁵² Regulatory Requirements, Section 201 Relief, 19 CFR. Part 206-29, August 1988.

²⁵³ Algunos casos norteamericanos ilustran estos puntos: Birch Plawood Doors Kins USITIC, pub 743, October 1975. Stainless Steel Table Flatware USITIC pub 739, 1976

En cuanto al texto del artículo XIX, para nada se ocupa éste del plazo, sino que basta que se presente el aumento de las importaciones. Confirma lo anterior el hecho de que en diversas ocasiones en que se tuvo la posibilidad de revisar o precisar el plazo con motivo de las salvaguardias estimadas al negociar el acceso al GATT de varios países del área comunista, como fueron Polonia, Rumania y Hungría en los años sesenta y setenta, y no se hizo.

En el caso de China, que fue más complejo, y que requirió de un protocolo de adhesión negociado detalladamente (1 de noviembre de 2001), encontramos que solamente se hace mención textual del incremento en las importaciones, sin calificar el término que éstas ocuparán, tal como lo encontramos en el artículo XIX. Tampoco en los borradores que antecedieron al Protocolo en cuestión, del 20 de diciembre de 1994, y del 6 de marzo de 1997, se ocuparon del término, mas si lo menciona este último, al consignar que las importaciones se hagan en un porcentaje desproporcionado en relación con el incremento total de las importaciones “...during the representation period provided for in the Agreement on Safeguards...”²⁵⁴

En conclusión, podemos derivar que en cuanto al periodo en que se dé el incremento de la importación, no está restringido a un plazo rígido, sino que son otros los requisitos y condiciones que deben ser satisfechos a la luz de la mayor parte de las legislaciones existentes.²⁵⁵

Sin embargo, las legislaciones nacionales marcan una tendencia en que sea lo más cercano al inicio de las investigaciones, pese a que en un plazo mayor mostraría un incremento lógico de las mismas y ésta ha sido confirmada en varios casos ventilados ante la OMC por el tribunal de apelación, sobre todo cuando se trata de una amenaza de daño. Pasemos ahora a la siguiente:

b. Que causen o amenacen un daño grave a la producción nacional del bien similar o directamente competidor

Entre los supuestos que están presentes, sin ninguna duda, en las pesquisas que el Estado realice para definir medidas en contra de las impor-

(período de ocho años). Sugar USITIC Pub 27, 1977, Stainless Steel and Alloy tool Steel. USITIC Pub 156, 1976 (once años).

²⁵⁴ The Uruguay Round Agreement on Safeguards resolves the matter conclusively for GATT purposes in paragraph 2, which indicate that an increase in the market share of imports will suffice”, en Jackson, John H., *op. cit.*, nota 4, p. 612.

²⁵⁵ Spadi, Fabio, “Discriminatory Safeguards in the Light of the Admission of the People’s Republic of China to the World Trade Organization”, *Journal of International Economic Law*, núm. 2, 2002 vol. 5, p. 432.

taciones está siempre la presencia de una afectación negativa a la industria local que se materialice a través del daño o de su amenaza. Para determinar si existe, será conveniente tomar en cuenta que el daño o su amenaza se encuentra estrechamente ligado con otros elementos, como son el incremento de las importaciones, ya comentado, y la relación de causalidad; factores, el primero, meramente estadístico, y el segundo, lógico, de comprobación compleja, y, más aún si la disposición legal aplicable le reviste de calificativos, como es el caso.

En efecto, tanto en la doctrina como en el derecho positivo se establecen distinciones entre los grados del daño, y se habla del “material” para el caso de las prácticas desleales de comercio, y de “grave” para las prácticas leales: curiosa paradoja, pues el segundo es más difícil de comprobar dada su complejidad.

En algunas legislaciones, inclusive se consideran otros grados de daño, como el sustantivo o el serio, pero en el GATT solamente se consideran los primeramente anotados. Para hacer menos complicado el tema, el ASC formula algunos elementos objetivos que nos auxilian a poder demostrar el daño o su amenaza.

El artículo 4.2 a) nos ilumina sobre lo que significa en el artículo XIX 1 a), la expresión “...en condición tales...” aplicada a las importaciones crecientes, que dan pie a que se produzca el daño. Así, previene que “...las autoridades competentes evaluarán todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable que tengan relación con la situación de esta rama de producción...” enfatizando lo siguiente:

- a) El ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones del producto de que se trata en términos absolutos y relativos.
- b) La parte del mercado interno absorbida por las importaciones en aumento.
- c) Los cambios en el nivel de ventas.
- d) La producción, la productividad, la utilización de la capacidad y el empleo.
- e) Las ganancias y las pérdidas.

Es de mencionarse que el texto de los incisos a) y b) del párrafo 2 del artículo 4o. subraya en dos ocasiones que las pruebas y factores a considerar deben ser “objetivos”. Solamente si el resultado de la investigación llevada a cabo acredita la existencia real del daño o su amenaza, el miembro afectado podrá aplicar la medida de salvaguardia, debiendo observar además los

requisitos legales propios a toda investigación, según advierte el artículo 3o. párrafos 1 y 2 del ASG.

Si, como se mira, probar la existencia del daño resulta una tarea diligente y detallada, más lo será acreditar su amenaza. El apartado b) del párrafo 1 del artículo 4o. del ASG precisa que “La determinación de la existencia de una amenaza de daño grave se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas”.

Al no resultar suficiente esta mención, habrá que acudir a otros índices que nos auxilien para saber qué elementos deberán ser tomados en cuenta para considerar que tal amenaza existe. El artículo 3o., apartado 7, del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT-1994, abunda sobre el tema, al referirse a la existencia en un proceso *antidumping*, y advierte que se deberán estimar los siguientes factores:

- Una tasa significativa de incremento de las importaciones.
- Una capacidad disponible (ociosa) del exportador o un aumento inminente de la misma que haga evidente la posibilidad del envío del producto al mercado afectado.
- La existencia del producto investigado.

En la práctica norteamericana podemos encontrar otros elementos, como un incremento en los inventarios,²⁵⁶ una tendencia en la disminución de los precios domésticos,²⁵⁷ la existencia de incentivos a las exportaciones y/o empresas exportadoras,²⁵⁸ el incremento de los precios domésticos de los productos similares que no corren al parejo de los correspondientes o de los singulares²⁵⁹ y otros más. Dichos elementos mencionados nos pueden servir también como puntos a considerar en un caso particular aunque no estén mencionados en las disposiciones legales aplicables.

Como se ha consignado, el concepto de daño y su amenaza deben revestir el carácter de “grave”, que no es igual al de “importante” que se exige en el caso de las prácticas desleales, como son el *dumping* y los subsidios. Difícilmente podemos citar otros factores a estimar entre uno y otro caso, sino que solamente el énfasis está en la graduación del mismo.²⁶⁰

²⁵⁶ Stainless Steel and Alloy Tool Steel, USTIC Pub. 756, I, 1976.

²⁵⁷ Slide Fasteners, USITC Pub. 757, Feb. 1976.

²⁵⁸ Stainless Steel and Alloy Tool Steel, *supra*, y Honey, USTIC Pub. 781. Aug. 1976.

²⁵⁹ Ferry cyanide and Ferry cyanide Pigments, USITC Pub. 767, Apr. 1976.

²⁶⁰ El Órgano de Apelación en el caso E.U. Medidas de Salvaguardias respecto de las importaciones de carne de cordero, fresca, refrigerada o congelada... procedente de Nueva Zelanda y Australia dijo que “...la palabra grave connota un criterio relativo al daño mucho

Es conveniente traer a colación la reflexión que efectuara el Órgano de Apelación (ODA) sobre el particular en el caso *Argentina-medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*,²⁶¹ en cuanto a que “Una evaluación de cada uno de los factores enumerados no tiene por qué demostrar necesariamente que cada uno de ellos está disminuyendo”.

La autoridad examinadora deberá constatar la “clara inminencia” del daño grave. Tal como se afirmó por el ODA en el caso anteriormente comentado de *Estados Unidos, medidas de salvaguardia respecto a las importaciones de carne de cordero fresca... procedente de Nueva Zelanda y Australia*,

...esto requiere un alto grado de probabilidad de que el daño grave se materialice en un futuro muy próximo..., la determinación de la existencia de una amenaza está orientada hacia el futuro... la aparición de los hechos futuros nunca se puede probar definitivamente basándose en los hechos... lo que en definitiva requiere un cierto grado de conjetura.²⁶²

Lo anterior muestra un panorama complejo, que sostiene la afirmación que hicimos al inicio del análisis del procedimiento previsto en el GATT, consistente en que a la par que se consagraba un mecanismo de excepción a los principios fundamentales del GATT, sobre todo al de “nación más favorecida”, se creaba un tortuoso camino para justificar su procedimiento, fundamentalmente en lo tocante al daño, y en especial a la presencia de su amenaza. Digamos ahora algo sobre otro concepto incrustado necesariamente en el anterior.

c. Relación de causalidad

En el supuesto de que existan todos los elementos especificados en el artículo 4o., párrafo 1, inciso a), y se demuestren, tendrá además que acreditarse “...la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las importaciones del producto de que se trata y el daño grave o amenaza de daño grave...” (párrafo 2, inciso b), del mismo precepto).

No se nos escapa que resulta difícil y en cierta forma complejo lograr la demostración del nexo de causalidad, pues los factores a considerar son varios, y las causas, eventualmente diversas. Cuando un sistema económico que ha navegado tradicionalmente en aguas proteccionistas arriba al aper-

más estricto que el término importante”, WT/DS177/AB/RWT/DS178/AB/R, 1o. de mayo de 2001, párrafo 124.

²⁶¹ WT/DS121/AB/R, 14 de diciembre de 1999, párrafos 132-139.

²⁶² *Idem*, párrafo 136-139.

turismo, remontar la incompetencia de sus productores no se logra de un día para otro, por lo que atribuirles a las importaciones la causa exclusiva del daño o su amenaza, no será posible.

Por ello, ante toda negociación relacionada con acuerdos de libre comercio, las partes deberán partir de su situación real, actual, y estimar qué medidas se tomarán y cuánto tiempo se requerirá para que sus productos puedan afrontar con éxito a sus competidores. Si no lo hacen así, estarán condenando a sus productores al fracaso, y tal vez a su desaparición, lo que, aparte de ser injusto, iría contra los propósitos perseguidos expresamente por el GATT desde su origen y por la OMC, que además se repiten, *mutatis mutandis*, en todos y cada uno de los acuerdos comerciales regionales, que por ahora son los foros en donde se desarrollan los postulados del libre comercio²⁶³ ante el fracaso de la Ronda Doha. Esta realidad da razón y explica el texto del último párrafo del inciso b) mencionado, que añade al tema de la causalidad lo siguiente: “Cuando haya otros factores, distintos del aumento de las importaciones, que al mismo tiempo causen daño a la rama de producción nacional, este daño no se atribuirá al aumento de las importaciones”.

Sin duda que esta situación tan compleja inclinó al sistema norteamericano a eliminar este requisito en su legislación.²⁶⁴ Nos preguntamos por qué no se ajusta y matiza el artículo 4o. comentado considerando así la condición real de la mayor parte de los miembros de la OMC.

No ignoramos, obviamente, que debe existir en un caso concreto una relación de causa-efecto que justifique imponer medidas que estorben o retarden los propósitos aperturistas que un país tenga o al menos que pretenda alcanzar en aras de mejorar las condiciones de su economía; pero esos objetivos no riñen con el cuidado y protección a sus productores, sobre todo a los agricultores cuando las condiciones en que trabajan son precarias y en ocasiones difíciles, si no imposibles de cambiar para bien.

d. La rama de producción nacional

Al importarse un bien, sea industrial o agrícola, se puede afectar a uno igual, similar o directamente competidor fabricado o producido en el país

²⁶³ Así, el párrafo 2 del GATT-47 propone: “Reconocimiento que sus relaciones comerciales y económicas deben tender al logro de niveles de vida más altos, a la consecución del pleno empleo, y de un nivel elevado cada vez mayor del ingreso real...”. En el Acuerdo de Marrakech se dice: “Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial... deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr pleno empleo...”.

²⁶⁴ La Trade Act of 1974, que reformó numerosas disposiciones comerciales, incluye las correspondientes a la sección 201 (title IV, section 406, Pub. 1, No. 93-618, 88 stat 2062, 1975).

importador. Por ello, el artículo 4.1 a) contiene la premisa de que se ocasiona un daño grave a una rama de la producción nacional acotando la referencia que el artículo XIX establece en el párrafo 1 a), que nos habla de "...productos nacionales, de productos similares o directamente competidores...".

Por rama de producción nacional, indica el párrafo 1 c) del artículo 4o., se entenderá el conjunto de productores del bien que operan dentro del territorio del miembro afectado. Por productores debemos entender los que crean, originan, fabrican o elaboran algo o, dicho en otros términos, los que hacen que exista.

Siendo esta descripción general, debemos acotarla conforme al texto ya invocado, sólo a quienes producen bienes similares o directamente competidores, quedando, lógicamente, fuera de consideración quienes no reúnan esta condición. Todo ello conduce a que de tomarse una medida de salvaguardia, sea únicamente referida a un producto concreto. En la práctica de la OMC se ha enfatizado que las autoridades nacionales, más allá de exigir los requisitos que a su entender sean procedentes, tendrán necesariamente que verificar si los importados son similares o directamente competidores de los nacionales.²⁶⁵

Podríamos añadir que en el proceso definitivo de lo que debe entenderse por industria doméstica, cabría sugerir la revisión de las facilidades existentes en la manufactura del bien estudiado, al proceso de fabricación, el mercado propio o natural del mismo, la posibilidad del intercambio de los productos y otros elementos informativos que permitan conocer la industria en cuestión, a efectos de ubicarla como la afectada por las importaciones. La investigación deberá ser cuidadosa, y los extremos a probar tienen que ser suficientes para producir en la autoridad una convicción de procedencia.

Al llevar a cabo el proceso de investigación, decíamos que deberá acreditarse la existencia de una serie de hipótesis para que nazca el derecho del miembro afectado para tomar diversas medidas que suspendan o disminuyan la importación de un bien determinado. Tanto el artículo XIX del

²⁶⁵ El calificativo de "similares" es muy complejo, y ha sido objeto en varias ocasiones de análisis en el GATT y la OMC. En el caso del procedimiento *antidumping* sustanciado en México, de las importaciones de jarabe de maíz con alto contenido de fructuosa que concluyera en un panel de la OMC, el concepto fue utilizado durante el proceso inicial, habiéndonos apegado a las interpretaciones procedentes internacionales y norteamericanas, por lo que los panelistas que conocieron del asunto en Ginebra lo aceptaron sin modificación alguna. Véase el interesante estudio de Zedalis, Rex J., "A Theory of the GATT 'like' Product. Common Language Cases", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 1, March 1994, vol. 27. Este caso fue manejado por "Cruz Abogados, S. C."

GATT como el ASG en sus artículos 2o., 3o. y 4o. establecen los requisitos que deben satisfacerse para que las medidas sean legítimas.

De su lectura desprendemos que son los mismos, con las excepciones ya referidas, relativas a la existencia previa de las concesiones arancelarias concedidas que menciona el párrafo 1 a) del artículo XIX, y a la evolución imprevista, pues el artículo 2o. del ASG sólo menciona el aumento de las importaciones en ciertas circunstancias. En los preceptos mencionados del ASG, y particularmente en el artículo 2o., cuyo texto reproduce algunas expresiones a la letra del artículo XIX, no aparece la mención de las preferencias arancelarias citadas ni tampoco en los siguientes preceptos.

Si recordamos que el ASG, en su *parte Declarativa*, concretamente en el párrafo segundo, advierte que se atiende a "...la necesidad de aclarar y reforzar las disciplinas del GATT 1994, y concretamente las de su Artículo XIX", debemos entender que ambos ordenamientos constituyen uno solo, y en caso de duda deberá prevalecer el segundo, por ser posterior.²⁶⁶ No estimamos que se trate de una contradicción, pues son textos de diferentes épocas, por lo que simplemente se actualizó el primero, aplicable a las salvaguardias, para facilitar su utilización por los miembros que lo requirieran. En concordancia con nuestra opinión, tenemos que

Las Comunidades Europeas sostienen que hay cuatro relaciones posibles entre una disposición del GATT 1994 y un Acuerdo contenido en el Anexo 1a. del Acuerdo de Marrakech... un conflicto entre las disposiciones de los dos textos; una duplicación de disposiciones de los textos; una exención expresa en un Acuerdo del Anexo 1 A del Acuerdo de la OMC que permite una infracción al GATT 1994; y la complementariedad de disposiciones. Las Comunidades Europeas alegan que la cuarta opción... describe la relación que existe entre el párrafo 1a. del Artículo XIX y el párrafo 1o. del Artículo II del Acuerdo sobre Salvaguardia...²⁶⁷

Así, podemos derivar que ya no será necesario presumir la existencia de una obligación a cargo de uno de ellos y a favor de otro, el beneficiario. A mayor abundamiento, y por las razones que hemos expresado con anterioridad, la legislación norteamericana aplicable no la incluye (19CFR, Part 2006-53FR 33036-August 29, 1988), lo que explica que tampoco aparezca en el ASG.

²⁶⁶ El Tribunal de Apelación de la OMC así lo ha sostenido en varios casos, como son, entre otros, "Corea-calzados", "Argentina-Calzados", e inclusive se ha dicho que sus disposiciones deben aplicarse de manera copulativa, como se estableció en "Corea-Lacteos".

²⁶⁷ Argentina-Medidas de Salvaguarda, párrafo 41.

Según algunos analistas, la razón para suprimir la referencia a las obligaciones fundadas en el GATT se debió a la falta de definición del concepto, pues tal como aparece, cabe suponer que no sólo será aplicable cuando existan fracciones arancelarias y aranceles desgravados a través de las listas establecidas, sino en otros posibles preceptos, como en el artículo XI del GATT.

Continuando con el análisis del requisito del daño ocasionado a la industria doméstica o de su amenaza, debemos separar dos elementos que se presentan en el tema: “la repercusión económica del efecto negativo y la posibilidad de probarlo objetivamente”, tal como establece el artículo 4.2 a) y b) del ASG.

La autoridad nacional que realice la investigación que eventualmente lleve a la decisión de imponer una medida de salvaguardia, ordinariamente no tiene el carácter jurisdiccional, sino administrativo, debe examinar técnicamente los elementos probatorios que se pongan a su disposición, y así poder arribar a una conclusión que será emitir un juicio lógico fundado para proceder legítimamente. Dicha tarea comprende diversos pasos y determinaciones, que hemos abordado en forma somera, pero consideramos que es suficiente para percatarnos de su importancia y dificultades.

El artículo XIX no proporciona mayores elementos que nos guíen para arribar a buen puerto; en cambio, el artículo 4.1 a) del ASG dice que deberá consistir en “...un menoscabo significativo de la situación de una rama de producción nacional...”.

En su examen, la autoridad revisará, entre otros, los factores enumerados en el párrafo 2 del citado precepto, que ya hemos mencionado anteriormente. Cabe señalar que esta tarea es similar a la que debe llevarse a cabo en los casos de prácticas desleales de comercio, mas no así los efectos del daño, pues en la pesquisa que comentamos deberá ser “grave; en cambio, en las primeras bastará que sea “importante”.

El mercado interno será el que refleje y proporcione los elementos de juicio, ya que la pérdida que sufra el productor doméstico y la penetración del mismo del producto importado señalarán claramente su efecto negativo a la industria nacional. Igual sucederá si estimamos que la producción doméstica disminuye a consecuencia de una pérdida en sus ventas, lo que a su vez se reflejará en el aumento de la desocupación laboral y, por ende, de la capacidad productiva de la planta industrial o agrícola. Todos estos factores, como advertimos, son marcadamente económicos, y aparecen en las estadísticas oficiales y privadas, mas no serán suficientes si no existe una vinculación directa de la causa (las importaciones) y el efecto (el daño o su amenaza).

En el caso ya clásico invocado de los sombreros de piel, éste provocó un estudio del grupo de trabajo que manejó los elementos anteriormente cita-

dos, que sin duda fueron tomados en consideración al redactar el párrafo 2, inciso b), del artículo 4 del ASG, tal como derivamos de la referencia expresa que aparece en el Índice Analítico del GATT, ya citado.²⁶⁸

La tarea inquisitoria no resulta nada fácil, pues deben discriminarse con precisión los efectos producidos por el incremento de las importaciones, de aquellos que tienen otras causas distintas a este factor externo, como pueden ser la contratación del mercado interno por razones políticas, sociales, o simplemente por caídas de la producción nacional, tal como ya lo hemos advertido en páginas anteriores.

Hemos acudido a diversos casos ventilados ante la OMC para extender algunos conceptos legales presentes tanto en el artículo XIX del GATT como en el ASG, y también lo haremos ahora sobre este tema de la causalidad. Tomaremos la siguiente afirmación del ODA, que es contundente:

En una situación en que varios factores causen daño al mismo tiempo, sólo puede formularse una determinación definitiva acerca de los efectos perjudiciales del aumento de las importaciones si se distinguen y separan los efectos perjudiciales causados por la totalidad de los diversos factores causales. De no ser así cualquier conclusión basada exclusivamente en una evaluación de uno solo de los factores... carecería de una base sólida.²⁶⁹

Este tema fue abordado y desmenuzado en el otro caso que mencionamos, y no es otro que el United States-definitive safeguard measures on imports of wheat gluten from the European Communities (WT/DS166/R 31 de July 2000), párrafos 33 a 44.

Podemos derivar, entre otras afirmaciones y conclusiones, que el incremento en las importaciones debe ser una causa importante, no menos que cualquier otra en la producción del daño.²⁷⁰ La apelación del factor señalado ha sido errática en la legislación y práctica norteamericanas, que viene a afectar necesariamente la legalización multilateral *in comento*, máxime cuando el GATT no ha establecido alguna guía jurisprudencial sobre el particular.²⁷¹

²⁶⁸ Página 518.

²⁶⁹ “Estados Unidos-Medidas de Salvaguarda ...”, *cit.*, nota 33, párrafos 179 y 180.

²⁷⁰ “Estados Unidos ... gluten de trigo”, *cit.*, nota 25, párrafo 8.153.

²⁷¹ El calificativo al término de causa que contiene una evidente consideración de gradualidad de la misma ha sido “causa primaria” a “causa sustancial” o ser “importante pero no menor que cualquier otra”. Véase Jakson, John H., *op. cit.*, nota 17, pp. 188-190.

e. Producto directamente competidor

En los dos ordenamientos que venimos revisando aparece la expresión “productos similares o directamente competidores” (artículo XIX 1, a) y b), del GATT, y 1.1 y 4.1a) b) y 2o. párrafos del ASG). En ambos textos no se dan mayores datos para identificarlos, sino solamente se mencionan como si fueran equivalentes.

En el caso de “Chile-Impuestos a las bebidas alcohólicas”,²⁷² el ODA manejó el concepto indistintamente como similar o “sustituible” e invocó otro anterior, el de “Japón-bebidas alcohólicas”,²⁷³ en el que el mismo órgano colegiado usó ambos conceptos de igual manera, mas en su reporte de “Recomendaciones” no ofrece ninguna diferencia seguramente porque no la hay.

Ante la ausencia de elementos, cabe atender la sugerencia del profesor Raj Bhala, en el sentido de que deberán analizar los productos con gran cuidado, para poder determinar si existe tal diferencia que permita resolver la duda aplicando el criterio de que prevalecerán las similitudes a las diferencias.²⁷⁴

Oportunamente advertimos al transcribir el texto de los primeros dos párrafos del artículo XIX del GATT, que suspendíamos dicha transcripción hasta analizarlos, lo que de manera breve hemos efectuado.²⁷⁵ Dado que existen otros mecanismos de cláusula de salvaguardia que se aplican en situaciones particulares, nos ocuparemos de los mismos, y en ello describiremos cómo operan dichas medidas. En virtud de que los requisitos previos a la imposición de las medidas son prácticamente los mismos en todos los sistemas, que hemos revisado, los daremos por repetidos, salvo que presenten algunas diferencias, como ya lo veremos en el caso de la salvaguardia especial en el Acuerdo sobre la Agricultura (ASA). Formulamos la presente aclaración para explicar por qué diferimos considerar por ahora las medidas restrictivas que ordinariamente se establecen, las cuales han provocado desde hace varios años, críticas y problemas serios entre los países miembros de la OMC.

²⁷² WT/DS87/AB/R-WT/AS110/AB/R, 13-December-1999.

²⁷³ Appellate Body Report WT/DS8/AB/R WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, 1o. November 1996.

²⁷⁴ *Op. cit.*, nota 45, p. 911. A este caso hay que agregar otros que también citan: “Korea Taxes on Alcoholic Beverages”, WT/DS75/AB/R, 17 February, 1999.

²⁷⁵ *Idem.*

Concluimos esta parte consignando que para el 3 de noviembre de 2005 existían 33 medidas de esta naturaleza, en vigor.²⁷⁶ Para el 18 de noviembre de 2019 había 59 investigaciones iniciadas.²⁷⁷

Pospusimos, como quedó advertido, nuestro el tema, para más adelante, tan pronto como analicemos los tres acuerdos enlistados en el índice de nuestro estudio que aún están pendientes. Los comentarios serán adicionales a los formulados en el estudio intitulado “Alternativas de defensa jurídica del sector agropecuario en el marco de la OMC y del TLCAN”, que ya hemos mencionado, también elaborado para el Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentarios (CEDRSSA) por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Podemos decir que las instituciones jurídico-económicas norteamericanas sirvieron en gran parte de modelo a los sistemas para combatir las llamadas “prácticas desleales de comercio”, sin desconocer, por supuesto, la influencia grande de la legislación inglesa en la primera, pero al fin de cuentas son parte de un tronco común.

En efecto, si comparamos el Código Antidumping del GATT con la Andidumping Act of 1921 y sus enmiendas, o bien las normas que persiguen los subsidios a las exportaciones mediante la imposición de los llamados impuestos compensatorios, o aquellas otras medidas tomadas en foros internacionales, en los países industrializados o en vías de serlo, veremos su evidente semejanza.

El estudio y conocimiento de los mismos es verdaderamente complicado, y la aplicación de sus medidas sancionadoras es todavía más difícil, pues la justa apreciación de las causas, de los elementos que concurrieron en la configuración del acto y, sobre todo, las condiciones particulares, no sólo del autor directo, sino de su propio país, casi nunca se conocen con plenitud, tanto porque no se hacen patentes como por carecer la autoridad juzgadora, del personal suficiente y, sobre todo competente, para analizar los hechos, los datos las pruebas y elementos de juicio dentro de su marco de origen, por lo que la condena casi siempre es injusta, por no respetar el viejo principio de darle a cada quien lo suyo conforme la definición clásica no superada de justicia.²⁷⁸

Más aún, se ha llegado últimamente a sostener en foros internacionales, que ciertas prácticas mercantiles de las calificadas como desleales deben

²⁷⁶ G/L761/informe 2005 del Comité de Salvaguardas al Consejo del Comercio de Mercancías, 8 de noviembre de 2005, OMC.

²⁷⁷ G/L/1346 y G/SG/2260 Committee on Safeguards - Report (2019) of the Committee on Safeguards to the Council for Trade in Goods - Adopted on 18 November 2019.

²⁷⁸ *Justitia est constants et perpetua voluntas jus suum quique tribuendi.*

permitirse en determinadas condiciones, a los países en vías de desarrollo, tal como lo advertimos en párrafos anteriores, y ahora ratificamos con la siguiente cita, pues sólo así podrán ampliar sus exportaciones, como se sostuvo en el seno de la UNCTAD en un estudio elaborado sobre el tema indicado cuando se dijo textualmente que

...los países en desarrollo necesitan utilizar las subvenciones a la exportación para contrarrestar los desincentivos a la exportación resultantes de la protección de sus industrias incipientes y de la sobrevaluación a sus monedas debido a que sus ingresos de exportación dependen principalmente de la venta de productos primarios.

Los países en desarrollo también tienen que aplicar subvenciones a la exportación para resolver los problemas con que tropiezan como “exportadores incipientes”.

Por ende, no debemos considerar condenable una práctica comercial determinada sin conocer previamente las múltiples facetas que la forman y, más aún, rechazar por principio el calificativo de “injusta”, como se ha traducido el término inglés *unfair*, ya que no refleja la realidad ¿a juicio de quién merecerá tal calificativo?

El tema de las salvaguardias comerciales negociado en la OMC no se agotó con lo aprobado en el acuerdo específico, que ya comentamos con anterioridad, pues por vez primera se ocupó tan alto foro, del tema de la agricultura, que incluye a la salvaguardia especial, como lo constataremos a continuación.

XI. EL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA (ASA) DE LA OMC.
LOS SUBSIDIOS Y SU CLASIFICACIÓN. CLÁUSULA DE EMERGENCIA
O SALVAGURDIA DE LA ASA. COBERTURA.
ACCESO A MERCADOS

Este Acuerdo surge como un producto propio de la Octava Ronda de Negociaciones del GATT. El tema de la agricultura no fue considerado en 1947, y las reglas comerciales que surgieron se aplicaban por igual a los bienes industriales y a los productos del campo para no apartarse de la tendencia original del GATT. La razón fue que Estados Unidos no estaba interesado en que se incluyera para no obstaculizar su política agrícola interna, de manera que las escasas referencias que aparecen se deben al ajuste con las medidas norteamericanas.