

EL ACUERDO MSF Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO XX DEL GATT**

Aldo González Melo *

Resumen: Este artículo sostiene que las excepciones generales del artículo XX b) y XX g) del GATT pueden invocarse para justificar medidas bajo el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (“Acuerdo MSF”), y que la posibilidad de invocar las demás excepciones deberá analizarse caso por caso. Primero, este texto se ocupa del análisis de los argumentos a favor y en contra para sostener la aplicación del artículo XX del GATT a otros acuerdos abarcados, y desarrolla los argumentos a favor de la aplicabilidad de los apartados b) y g). Luego, este artículo se ocupa de la interpretación del *chapeau* o preámbulo del Artículo XX para poder trazar una conclusión sobre la relación entre Acuerdo MSF y el GATT.

Palabras clave: OMC, GATT, Acuerdo MSF, artículo XX GATT.

Abstract: This paper argues that the general exceptions of article XX b) and XX g) of the GATT can be raised to justify measures under the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (“SPS Agreement”), and that the possibility of invoking the other exceptions of article XX of the GATT should be analyzed on a case-by-case basis. First, this text deals with the analysis of the arguments for and against sustaining the application of article XX of the GATT to other covered agreements, and develops the arguments for the applicability of paragraphs b) and g). In order to draw a conclusion about the relationship between the SPS Agreement and the GATT, then, this article deals with the interpretation of the *chapeau* of article XX.

Key words: WTO, GATT, SPS Agreement, article XX GATT.

I. Introducción

El Artículo XX del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (“GATT”) establece nueve excepciones generales para las obligaciones sustantivas ahí establecidas. Salvo el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“AGCS”), el resto de acuerdos abarcados no cuenta con un apartado que establezca excepciones generales. Sin embargo, como recientemente ha establecido la jurisprudencia, debe tomarse en cuenta que cada acuerdo abarcado tiene su propio “conjunto de

** Premio al segundo lugar en el concurso de investigación Cátedra OMC México/SIEL, organizado conjuntamente por el Centro de Derecho Económico Internacional del ITAM y la Sociedad de Derecho Económico Internacional.

* Aldo González Melo es Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), titulado con mención especial. En 2007, trabajó en el sector privado litigando en materia administrativa y fiscal. Fue Presidente de la Representación de Alumnos Derecho del ITAM durante el 2010. Desde aquel año, labora como abogado litigante en la firma privada Carrancá, Araujo, Acosta & Riquelme en materias financiera, constitucional y penal. Ha colaborado en el Blog de la Revista Nexos y en 2011 fue capitán del equipo del ITAM que participó en el *Moot Court Competition on WTO Law* organizado por la *European Law Students' Association (ELSA)*.

flexibilidades y excepciones".¹ No obstante, los acuerdos abarcados son contexto relevante entre sí. En este sentido, y atendiendo al objeto y fines de la OMC, surge la siguiente interrogante ¿pueden invocarse las excepciones generales del GATT para justificar el incumplimiento de las obligaciones en otros acuerdos abarcados por el sistema OMC?

Este texto sostiene que las excepciones generales del Artículo XX b) y XX g) del GATT pueden invocarse para justificar medidas bajo el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ("Acuerdo MSF"), y que la posibilidad de invocar las demás excepciones deberá analizarse caso por caso. Primero, me ocuparé de los argumentos a favor y en contra para sostener la aplicación del Artículo XX del GATT a otros acuerdos abarcados, y desarrollaré los argumentos a favor de la aplicabilidad de los apartados b) y g). Luego, me ocuparé de la interpretación del *chapeau* del Artículo XX para poder trazar una conclusión sobre la relación entre Acuerdo MSF y GATT.²

Premisas de partida

De acuerdo al principio de derecho *lex specialis*, si hay conflicto entre el GATT y el Acuerdo MSF, prevalece el Acuerdo MSF. Si no hay conflicto, los dos aplican. Primero se analizan las disposiciones del Acuerdo MSF y después las del GATT. Los estándares que establece el Acuerdo MSF deben analizarse, en principio, "con arreglo a las disposiciones del propio Acuerdo".³

El Acuerdo MSF busca desarrollar las disposiciones del GATT e incorpora principios de derecho comercial internacional, inherentes al sistema de la OMC. Las disposiciones de ambos acuerdos son contexto relevante para determinar la relación entre sí. Por tanto, la jurisprudencia del Artículo XX b) y la del XX g) del GATT proporciona "útiles orientaciones" para determinar la aplicación de las excepciones generales al Acuerdo MSF. La aplicación del resto de las obligaciones es una cuestión que debe determinarse caso por caso.

II. Aplicabilidad del Artículo XX del GATT a las disposiciones del Acuerdo MSF: *the "Pollo Chino" Affaire*

China y Estados Unidos, *vis-à-vis*, tienen una importante actividad litigiosa dentro del sistema de Solución de Diferencias de la OMC.⁴ En 2006, Estados Unidos formuló una determinación preliminar para autorizar las importaciones de productos de aves de corral (*poultry*) provenientes de China, por considerar que su sistema de inspección era equivalente a las normas norteamericanas. Sin embargo, en 2008, a través del artículo 733

¹ Informe del Grupo Especial, *China – Medidas Relativas a la Exportación de Ciertas Materias Primas (China – Materias Primas)*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011, párrafos 7.153 – 7.159.

² Sobre este punto en particular, en una disputa el análisis se hace en orden distinto, es decir, primero se interpreta la excepción en particular y después se analiza si es compatible con las prescripciones del *chapeau*.

³ Bradly J. Condon, "Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias", Monografías sobre el Derecho de la OMC, página 57, nota 57, Centro de Derecho Económico Internacional, disponible en http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_MSf.pdf

⁴ Al momento de escribir este artículo, seis casos: *Estados Unidos – Salvaguardas sobre el acero*, DS252; *Estados Unidos – Derechos Antidumping y compensatorios*, DS379; *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, DS392; *Estados Unidos – Neumáticos (China)*, DS399; *China – Materias Primas*, DS394; *China – Medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios sobre los productos de pollo de engorde procedentes de los Estados Unidos*, DS427, y las consultas por medidas antidumping DS368 y DS422.

de la Ley de Asignaciones, Desarrollo Rural, Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos y Organismos Conexos (“Ley Ómnibus”), Estados Unidos estableció una restricción; para que no se emitiera una norma que autorizara la importación de productos de aves de corral chinos al territorio estadounidense.⁵

El 17 de abril de 2009, China solicitó al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (“OSD”) la celebración de consultas con Estados Unidos por las medidas adoptadas. El 29 de junio de 2009, China solicitó el establecimiento de un Grupo Especial en atención a las medidas estadounidenses. El 31 de julio de 2009, el OSD estableció un Grupo Especial para resolver la disputa “*Estados Unidos – Determinadas medidas que afectan la importación de aves de corral provenientes de China*”.

Alegación de China

China alegó que fue privada de la posibilidad de acceder al mercado estadounidense, a raíz de la aprobación de una ley que restringía la capacidad del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (“USDA”) y del Servicio de Bromatología (“FSIS”), dependiente de ese departamento, para utilizar los fondos asignados por el Congreso norteamericano para establecer o aplicar una norma, que a la vez permitiera la importación a Estados Unidos de productos de aves de corral procedentes de China.⁶

China combatió el artículo 727 de la Ley Ómnibus de 2010, que establecía una restricción igual a la de 2008. Alegó que el artículo 727 (la medida en litigio) era inconsistente con disposiciones del GATT (artículo I: 1 y XI: 1) y con los Artículos 2.2, 2.3, 5.1, 5.2, 5.6 y 8 del Acuerdo MSF.⁷ El 29 de septiembre de 2010, el Grupo Especial rindió su informe.

Postura de Estados Unidos

Estados Unidos alegó que el artículo 727 de la Ley Ómnibus era la única medida en litigio. También, alegó que China malentendía “el alcance y el sentido” de las disposiciones legales norteamericanas. Arguyó que la restricción establecida en la Ley Ómnibus constituía una restricción temporal para la aplicación de recursos autorizados por el Congreso y que por tanto no restringía el acceso de los productos chinos de aves de corral al territorio estadounidense.

Asimismo, Estados Unidos alegó que China no había argumentado suficientemente por qué la medida impugnada constituía una medida sanitaria/fitosanitaria en los términos del Acuerdo MSF. Estados Unidos invocó la excepción del artículo XX b) del GATT para justificar una posible violación al GATT, pero no la invocó como defensa contra las posibles violaciones al Acuerdo MSF. Por último, Estados Unidos aclaró que no se amparaba bajo la presunción del Artículo 2.4 del Acuerdo MSF.⁸

⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China (Estados Unidos — Aves de corral (China))*, WT/DS392/R, distribuido el 29 de septiembre de 2010, párrafos 2.21 y 2.4.

⁶ El FSIS es el órgano encargado de las cuestiones relativas a la inocuidad de los alimentos en los EEUU.

⁷ Bradley J. Condon, op. cit., páginas 1, 2 & 10-12, nota 33.

⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafos 1.10 – 1.53.

Este asunto es paradigmático porque es el primero en interpretar varias disposiciones del Acuerdo MSF. Es el único que ha estudiado a fondo el Artículo 5.6. Asimismo, el caso tuvo que enfrentar por vez primera la relación entre el Acuerdo MSF y el GATT, así como el orden de análisis que debe seguirse al interpretar ambos tratados.

Por último, el caso estableció un método de interpretación para abordar el Artículo XX b) en relación con el Acuerdo MSF, pero no se pronunció sobre el resto de las excepciones generales del GATT ni desarrolló sobre la posibilidad de que una medida sanitaria/fitosanitaria sea incompatible con el Acuerdo MSF, pero sea, no obstante, compatible con las disciplinas de otra excepción general.⁹

1. *Lex specialis y orden de análisis*

El Grupo Especial se dio a la tarea de construir un orden de análisis relativamente nuevo, sobre la base de las alegaciones planteadas por China y con base en la relación entre el Acuerdo MSF y el GATT.

El panel planteó su análisis de la siguiente forma: si la medida en litigio constituía una medida sanitaria/fitosanitaria en los términos del artículo 1, entonces comenzaría el análisis de las alegaciones chinas con el Acuerdo MSF, en virtud del principio *lex specialis*. Después, analizaría las alegaciones bajo el GATT y en caso de encontrar inconsistencia de la medida norteamericana con ambos acuerdos, analizaría si ésta podía justificarse bajo el Artículo XX b) del GATT.

El Grupo Especial observó que la medida en litigio constituía una medida sanitaria/fitosanitaria, por lo que empezó con el análisis sustantivo de los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF. Constató que el artículo 727 de la Ley Ómnibus de Asignaciones violaba el Artículo 5.1 y el 5.2, porque no se basó en una evaluación de riesgo adecuada. Así, concluyó que la medida tampoco se basó en principios científicos y que se mantenía con testimonios científicos insuficientes, violando, por implicación, el Artículo 2.2 del Acuerdo MSF.¹⁰

El Grupo Especial después estudió a fondo el Artículo 5.5 del Acuerdo MSF. Estableció un estándar de tres criterios acumulativos para determinar si una medida sanitaria/fitosanitaria es consistente con la norma. Concluyó que el Artículo 5.5 constituía una aplicación específica del Artículo 2.3 y que, por lo tanto, la violación de los requisitos “más específicos” del Artículo 5, implicaba la inconsistencia con la obligación básica del Artículo 2. Constató que la medida norteamericana violaba tanto el Artículo 5.5 como el 2.3. También consideró que se violaban los Artículos 5.6 y 8 del Acuerdo MSF.

Luego de estudiar las disposiciones del Acuerdo MSF, el Grupo Especial encontró que la medida en litigio era igualmente inconsistente con los artículos I: 1 del GATT y XI: 1 del GATT por no conceder “inmediata e incondicionalmente” la misma ventaja a China que a otros Miembros comerciales; y porque la aplicación de la medida resultaba en la prohibición *de facto* de las importaciones de productos provenientes de China.

2. *El análisis del Artículo XX b) del GATT en relación con el Acuerdo MSF*

⁹ *Ibidem*, página 3. También se impugnó la moratoria que aplicaba la medida.

¹⁰ En esta conclusión, convalidó el orden de análisis establecido en *CE –Hormonas* y respetado en las diferencias posteriores.

El análisis que hizo el Grupo Especial sobre la posibilidad de invocar las excepciones del Artículo XX para amparar disposiciones del Acuerdo MSF fue un tanto decepcionante, porque no estudió el fondo de la relación MSF–Artículo XX del GATT.

Los temas a discutir en la disputa fueron acotados porque: (1) China hizo alegaciones bajo el GATT además de las que hizo bajo el Acuerdo MSF; (2) la única excepción invocada por Estados Unidos fue la del Artículo XX b) y sólo como defensa a violaciones del GATT; (3) Estados Unidos aplicó una medida sanitaria/fitosanitaria con bases precarias, es decir, sin soporte científico.

Las proposiciones enumeradas llevaron al Grupo Especial a tomar un camino fácil al abordar el problema. Como la medida de Estados Unidos era inconsistente con todas las disposiciones alegadas, el panel decidió acudir a la presunción establecida en el Artículo 2.4 del Acuerdo MSF e interpretarla *a contrario sensu*:

“Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado b) del Artículo XX.”

El artículo 727 de la Ley Ómnibus de Asignaciones fue encontrado incompatible con los párrafos 2 y 3 del Artículo 2 y con los párrafos 1, 2 y 5 del Artículo 5 del Acuerdo MSF.

Estados Unidos argumentó que el Acuerdo MSF constituye contexto para interpretar el apartado b) del Artículo XX. Sin embargo, consideró que “no sería correcto considerar que el Acuerdo MSF modifica o amplía el alcance del Artículo XX b)”, y que no constituye un contexto más ‘inmediato’ que otras disposiciones de los acuerdos abarcados.¹¹

Por su lado, China sostuvo que las disposiciones del Acuerdo MSF constituyen un contexto pertinente e inmediato para la interpretación del Artículo XX b); principalmente los artículos relacionados con la justificación de una medida sanitaria/fitosanitaria: 2, 3, 5, 6 y 8 del Acuerdo MSF.¹²

El Grupo Especial hizo las siguientes aclaraciones: (1) atendiendo al Preámbulo del Acuerdo MSF y al sentido corriente de la frase “elaborar”, el Acuerdo MSF “explica y desarrolla en detalle” cómo se debe aplicar el apartado b) del Artículo XX del GATT; (2) dado que el Acuerdo MSF aplica únicamente a MSF, la conclusión anterior sólo aplica a las medidas que hayan sido constatadas como sanitarias y fitosanitarias en los términos del Artículo 1 del Acuerdo MSF.¹³

Además, el Grupo Especial llamó la atención sobre la Nota 1 del Acuerdo MSF, que establece que la referencia que se hace al apartado b) del Artículo XX también se refiere al “párrafo de encabezamiento”, es decir, al Preámbulo del Artículo XX o *chapeau*. Esto es relevante porque permite establecer un vínculo entre el Acuerdo MSF y los estándares que establece el *chapeau* sobre discriminación arbitraria e injustificada, al momento de abordar la relación entre ambas disposiciones.

En virtud del Artículo 2.4, el Grupo Especial concluyó que una medida sanitaria/fitosanitaria cuya incompatibilidad con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF se ha

¹¹ Respuesta de Estados Unidos a la pregunta 54 del Grupo Especial.

¹² Respuesta de China a la pregunta 54 del Grupo Especial.

¹³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos –Aves de corral (China)*, párrafo 7.471.

constatado, no puede justificarse bajo el Artículo XX b) del GATT, es decir, “*no se pueden aplicar las disciplinas del apartado b) del Artículo XX para justificar dicha medida*”.¹⁴

En consecuencia, el Grupo Especial “no aclaró si sería posible invocar el Artículo XX b) para justificar una violación de otras disposiciones del Acuerdo MSF cuando no haya incompatibilidad con los artículos 2 y 5.”¹⁵ Tampoco aclaró si sería posible invocar, en todo caso, alguna otra excepción del Artículo XX *a pesar* de que haya incompatibilidad con los artículos 2 y 5, por ejemplo, la excepción por razones de “moral pública” de conformidad con el Artículo XX a) del GATT.

Estados Unidos – Aves de Corral constituye una diferencia relevante para construir una interpretación sobre el Acuerdo MSF y su relación con las demás excepciones del Artículo XX del GATT. Si bien el panel fue cuidadoso en no establecer una interpretación general en este sentido (las premisas fácticas del caso no se lo permitieron), el caso sí proporciona elementos para construir un análisis con respecto a lo siguiente: ¿El Artículo XX del GATT sólo aplica al Acuerdo MSF tratándose del apartado b)? ¿Es posible invocar las excepciones del Artículo XX para amparar disposiciones del Acuerdo MSF, tratándose de los demás apartados?

III. Argumentos a favor: Interpretación efectiva y proximidad de intereses

En *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación estableció que la aplicación de las excepciones del Artículo XX del GATT puede adoptar una forma especial en atención al principio de interpretación efectiva o *effet utile*.

Así, en el contexto del apartado b) del Artículo XX del GATT, un Miembro puede invocar una excepción al amparo de esta disposición, en atención al *effet utile*, si esa disposición no pudiera invocarse para permitir a un Miembro “adoptar o aplicar” medidas “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas”. La evidencia relativa sobre los riesgos para salud derivados de las propiedades físicas de un producto, no impide que una medida sea incompatible con una disposición sustantiva del GATT o bien, con una disposición sustantiva del Acuerdo MSF.¹⁶

Las mismas pruebas que sirven para constatar la inconsistencia de determinada medida con una disposición sustantiva del GATT o del Acuerdo MSF, pueden tener “un propósito diferente en el marco del apartado b) del Artículo XX: apreciar si un *Miembro* tiene motivos suficientes para ‘adoptar o aplicar’ una medida incompatible con las obligaciones dimanantes de la OMC, por razones vinculadas con la salud humana.”¹⁷

Esta lógica, seguida en la interpretación de dos disposiciones distintas (el artículo III: 4 del GATT y el apartado b) del Artículo XX), independientes entre sí, obedece a razones de proporcionalidad, es decir, responde a la vocación inherente a todo el derecho de la OMC, de condensar y equilibrar intereses económicos con prerrogativas soberanas: de equilibrar la promoción del comercio con la protección sanitaria y fitosanitaria. Isabelle Van Damme identifica el principio de interpretación efectiva como una herramienta a utilizarse para

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 7.482.

¹⁵ Bradley J. Condon, op. cit. página 12.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (CE – Amianto)*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafo 115.

¹⁷ *Ibidem*, párrafos 115-116.

alcanzar la interpretación armónica entre los acuerdos abarcados, y como un instrumento para aplicar la interpretación contextual en el derecho de la OMC.¹⁸

La justificación normativa para relacionar el Artículo XX del GATT con las disposiciones sustantivas del Acuerdo MSF, descansa en la posibilidad de revisar (a través de estándares de prueba independientes para cada disposición) si un Miembro puede adoptar medidas incompatibles con sus obligaciones bajo este acuerdo abarcado, pero justificables bajo alguna de las disciplinas del Artículo XX del GATT; estas disciplinas son reflejo de los distintos fines que busca la OMC.

En virtud del principio de interpretación efectiva, es posible invocar las excepciones generales del Artículo XX del GATT para adoptar o aplicar medidas MSF “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas”, aun cuando el Acuerdo MSF no contemple excepciones generales para sus disposiciones sustantivas. El Artículo XX b) aplica tratándose de MSF no sólo para justificar disposiciones distintas de los Artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF, sino también como posible herramienta para revertir una presunción de incompatibilidad.

Aquí es conveniente señalar que las conclusiones a las que arribó el grupo especial en *China – Materias Primas*, sobre la inaplicabilidad del Artículo XX b) para justificar disposiciones del Protocolo de Adhesión de China, no aplican al Acuerdo MSF. Primero, contrario al Protocolo de Adhesión de China, el Acuerdo MSF sí hace referencia expresa al GATT y a su Artículo XX b). Incluso establece que es su función “desarrollar” las disposiciones del GATT. En segundo lugar, la interpretación no es un pronunciamiento general sobre la aplicabilidad de las excepciones generales al Acuerdo MSF ni al resto de los acuerdos abarcados. En tercer lugar, el Órgano de Apelación ha interpretado el Protocolo de Adhesión de China en dos ocasiones; una de ellas relacionada con la posibilidad de invocar el Artículo XX como defensa para justificar una infracción de dicho protocolo.¹⁹ El informe del Grupo Especial en *China – Materias Primas* contradice la lógica del Órgano de Apelación en *China – Productos y servicios audiovisuales*, donde se reconoció, utilizando el método evolutivo de interpretación, que China puede justificar sus medidas bajo las excepciones del Artículo XX; en particular al amparo del apartado a) del Artículo XX. En el siguiente apartado me ocuparé de este importante caso.

Para continuar con este apartado debemos tomar en cuenta el siguiente planteamiento ¿qué ocurre cuando una medida sanitaria/fitosanitaria se adopta con *varios propósitos*? Es decir, qué trato debe darse a las medidas que son adoptadas no sólo para la protección sanitaria y fitosanitaria, sino que *además tienen fines adicionales, que reflejan la política global de regulación ambiental de un Miembro*.

Si los acuerdos abarcados deben interpretarse como un todo y el Acuerdo MSF constituye contexto relevante para interpretar otros acuerdos (incluido el GATT, y viceversa), entonces no hay razón para limitar la invocación de excepciones generales cuando dicha invocación se hace dotada de *effet utile*, es decir, cuando se hace *porque un Miembro no tiene otra forma de demostrar que una medida es conforme a sus derechos y obligaciones bajo el derecho de la OMC*.

¹⁸ Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 274-294.

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China – Publicaciones y productos audiovisuales)*, WT/DS363/AB/R; e, Informe del Órgano de Apelación, *China – Partes de automóviles*.

1. La aplicación del Artículo XX del GATT a los acuerdos abarcados

La jurisprudencia de la OMC había sido consistente con la tesis que sostiene que el Artículo XX del GATT puede invocarse para justificar la violación de otro acuerdo abarcado contenido en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, sobre la base de un análisis “caso por caso”.

En *Estados Unidos – Camarones (Tailandia)* y en *Estados Unidos – Directivas sobre fianzas aduaneras*, el Órgano de Apelación declinó pronunciarse sobre si el Artículo XX (d) del GATT estaba disponible para justificar una medida inconsistente con el Artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping: en aquel caso, Estados Unidos pudo (al menos) haber invocado la excepción del Artículo XX (d) ante el Grupo Especial.²⁰

Esta situación se repitió curiosamente en dos ocasiones, en *China – Aves de Corral* y en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo*. En ambas diferencias Estados Unidos eligió no invocar el Artículo XX del GATT como defensa de sus medidas bajo acuerdos distintos del GATT: el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, respectivamente.

2. China – Publicaciones y productos audiovisuales²¹

En esta diferencia, la cuestión se centró en ciertas medidas que violaban las disposiciones del Protocolo de Adhesión de China, en particular el Artículo 5.1. Estados Unidos alegó que dos categorías de medidas chinas eran incompatibles con las obligaciones de China bajo su Protocolo de Adhesión, bajo el GATT y bajo el AGCS:

“a) Con respecto a los *derechos comerciales*, diversas medidas de China que limitan las empresas que tienen el derecho a importar películas cinematográficas para su presentación en salas, productos audiovisuales de esparcimiento doméstico, grabaciones sonoras y publicaciones; y

b) Con respecto a los *servicios de distribución*, diversas medidas de China que imponen restricciones de acceso a los mercados o limitaciones discriminatorias a los proveedores extranjeros de servicios que quieran distribuir publicaciones y determinados productos...”²² [Énfasis añadido]

El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que las medidas chinas violaban el Artículo 5.1 de su Protocolo de Adhesión. Por tanto, procedió al análisis del Artículo XX a) del GATT porque China sostuvo que sus medidas eran “necesarias para proteger su moral pública”.

El Órgano de Apelación sostuvo que China podía invocar la excepción del Artículo XX a) para justificar una violación a su Protocolo de Adhesión. Interpretó la primera frase del Artículo 5.1:

“*Sin perjuicio* del derecho de China de *regular* de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC...Este derecho a tener actividades comerciales incluirá el derecho a importar y exportar mercancías. Todas estas mercancías recibirán un trato nacional de conformidad con el artículo III del GATT de 1994, especialmente su párrafo 4...” [Énfasis añadido]

²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Tailandia)* y *Estados Unidos – Directivas sobre fianzas aduaneras*, párrafos 310, 319.

²¹ Informe del Órgano de Apelación, *China – Productos y servicios audiovisuales*, párrafos 230-233.

²² Bradley J. Condon, “*China – Publicaciones y productos audiovisuales*”, en *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen I, No. 1, México, Noviembre 2010, página 97.

El Órgano de Apelación dijo que una obligación “sin perjuicio de” un derecho no podía interpretarse de forma que menoscabara negativamente o hiciera nugatorio ese derecho.²³

Luego interpretó la frase “de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC” como referencia al Acuerdo sobre la OMC en su conjunto, incluidos sus Anexos. Dijo que, en términos abstractos, el “derecho a regular” es una facultad intrínseca que disfruta el gobierno de un Miembro, y no un derecho conferido por tratados internacionales como el Acuerdo sobre la OMC. Luego concluyó que el Artículo 5.1 se refería al comercio de bienes y que la referencia al Artículo III: 4 del GATT reforzaba la interpretación de que las disciplinas del Protocolo de Adhesión y las del GATT estaban “estrechamente relacionadas”.²⁴ El Órgano de Apelación luego utilizó esa conclusión para sostener que el “derecho a regular” de China debe interpretarse consistentemente con el Acuerdo sobre la OMC “como un todo”, es decir, que las medidas de China, como Miembro, tienen una obligación de *consistencia* con el Acuerdo de la OMC y sus acuerdos abarcados en una doble dimensión: 1^a) Dimensión afirmativa. Obligación de no contravenir las obligaciones bajo la OMC; 2^a) Dimensión negativa. Posibilidad de contravenir obligaciones a través de medidas legítimas, capaces de justificarse bajo una *excepción aplicable*.²⁵

¿Por qué *China – Publicaciones* apoya la tesis de que el Artículo XX puede ser invocado para justificar una medida sanitaria/fitosanitaria? Principalmente, porque la postura que adoptó el Órgano de Apelación abrió la posibilidad de invocar las excepciones generales del GATT tratándose de medidas reguladas por otros acuerdos abarcados, *cuando haya elementos suficientes para vincular una disposición de un acuerdo abarcado con el comercio de bienes y las disposiciones del GATT*.

Siguiendo esta lógica, el Acuerdo MSF también está influenciado por las pretensiones de los Miembros de “desarrollar” las disposiciones relacionadas con el GATT, de forma que “no se impida a un Miembro adoptar ni aplicar” una medida sanitaria/fitosanitaria. Así, las disposiciones sustantivas del Acuerdo MSF también están “estrechamente relacionadas” al comercio de bienes, tratándose de sus obligaciones principales (Artículos 2, 3, 5 y 8), por lo que el Artículo XX también está disponible en una doble dimensión para justificar posibles violaciones a las disposiciones del Acuerdo MSF al amparo del Artículo XX.

Bajo el Artículo 2.4 del Acuerdo MSF, una medida que sea compatible con este acuerdo se presumirá compatible con el GATT, particularmente con el apartado b) del Artículo XX. La medida sería compatible con el GATT aun cuando su aplicación afectara las obligaciones relevantes del comercio de bienes, porque estaría, en todo caso, justificada bajo la excepción general del apartado b) del Artículo XX, sobre protección sanitaria y fitosanitaria.

Si por el contrario, una medida sanitaria/fitosanitaria es incompatible con el Acuerdo MSF, entonces se presumirá su incompatibilidad con las obligaciones principales del

²³ *Ibidem*, página 102; Informe del Órgano de Apelación, *China – Productos y servicios audiovisuales*, párrafos 219-221.

²⁴ *Ibidem*, página 102.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *China – Productos y servicios audiovisuales*, párrafos 223-229. En palabras del Órgano de Apelación: “En primer lugar, simplemente pueden no contravenir ninguna obligación establecida en la OMC. En segundo lugar, aunque contravengan una obligación en el marco de la OMC, pueden estar justificados en virtud de una excepción aplicable. [Como por ejemplo,] determinados derechos a adoptar medidas de reglamentación que se sustraen de obligaciones que impone el Acuerdo sobre la OMC, es decir, a excepciones pertinentes.”

GATT y con el apartado b) del Artículo XX, por lo que esa excepción ya no será invocable, como sucedió en *Estados Unidos – Aves de Corral*.

Sin embargo, la presunción sobre incompatibilidad *sólo operaría contra la excepción del apartado b) del Artículo XX*. Las otras excepciones todavía estarían “disponibles” para justificar la inconsistencia constatada, como sucedió en *China – Publicaciones y productos audiovisuales*.²⁶

En el asunto *CE – Bananas III*, el Órgano de Apelación abrió la posibilidad de que el Artículo XX del GATT aplique a distintos aspectos de una medida. En ese caso, observó que el GATT y el AGCS (GATS) podían aplicar a diferentes aspectos de la medida en cuestión. De la misma forma, el Acuerdo MSF y el Artículo XX del GATT pueden aplicar a distintos aspectos de una medida sanitaria/fitosanitaria. Esto es, una medida puede “activar” disposiciones de estos dos apartados por la forma en la que fue diseñada. Frente a esta posibilidad, las disciplinas de las excepciones generales del Artículo XX pueden ser relevantes frente a una medida sanitaria/fitosanitaria.²⁷ Lo anterior cobra más sentido cuando una medida sanitaria/fitosanitaria forma parte de una pluralidad de medidas ambientales o cuando una medida sanitaria/fitosanitaria tiene, por sí sola, varios propósitos.

IV. Argumentos en contra: interpretación textual conforme a la soberanía de las partes contratantes

Ante las dificultades que suponen los procesos de negociación en el comercio internacional, la interpretación de las disposiciones vigentes debe ser capaz de enfrentar los problemas comerciales vigentes, por lo que la interpretación en el sistema de solución de diferencias siempre guarda un elemento de “evolución”.

Sin embargo, no puede dejarse de lado la relevancia del diseño que los Miembros de la OMC establecieron para su régimen multilateral. Es preciso no perder de vista que los procesos de negociación, representan un delicado juego de intereses y que muchas veces, el texto de los tratados refleja la delicada condensación de esos intereses. Por tanto, una interpretación rígida, más cercana a las ríspidas negociaciones, parece razonable cuando se analizan los acuerdos abarcados.

En este sentido, es más sencillo construir un argumento contra la interpretación que aquí se propone sobre la aplicación del Artículo XX del GATT a las disposiciones del Acuerdo MSF. Sería el siguiente:

El Artículo XX del GATT no puede justificar una violación al Acuerdo MSF. El texto del acuerdo ya incorpora lenguaje del apartado b) del Artículo XX y del *chapeau* en los artículos 2.3 y 5.6. Además, tanto el Preámbulo como las obligaciones sustantivas del Acuerdo MSF tienen un lenguaje con estándares eminentemente científicos, por lo que no hay disposiciones que sean comparables al lenguaje que utilizan otras excepciones del Artículo XX, como el apartado a) sobre la “moral pública” o el g) sobre “recursos naturales agotables”.

Los Miembros expresamente decidieron incorporar lenguaje del Artículo XX b) del GATT porque regula las mismas disciplinas que el Acuerdo MSF, pero abiertamente excluyeron el lenguaje del resto de excepciones generales, porque regulan disciplinas

²⁶ Aunque la medida no tenía que ver con el Acuerdo MSF, sino que era una medida destinada a proteger la “moral pública” de China bajo el apartado a) del Artículo XX.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 221.

distintas. Esto indica que la aplicación del Artículo XX no fue buscada por los Miembros al negociar los acuerdos abarcados.

Además, la presunción que establece el Artículo 2.4 del Acuerdo MSF confirma que la única disposición relevante para este acuerdo es el apartado b) del Artículo XX, porque permite resolver – por la regla de implicación (consecuencia necesaria) – las diferencias donde se haya constatado violación o inconsistencia de una medida con las disposiciones generales del Acuerdo MSF. En otras palabras, la aplicación de ambas disposiciones sería redundante y de ahí el lenguaje utilizado en el Artículo 2.4.

En uno de los pocos artículos escritos sobre este problema, la reconocida Gabrielle Marceau y el jurista Joel Trachtman dijeron que extender la aplicación del Artículo XX del GATT para justificar violaciones a otros acuerdos abarcados del Anexo 1A requeriría una “heroica aproximación a la interpretación” del derecho de la OMC.²⁸

Esta aproximación encontró una base más sólida al incorporarse recientemente a la jurisprudencia.

1. *China – Materias Primas*

El 5 de julio de 2011, se distribuyó el informe del Grupo Especial en el asunto *China– Determinadas medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*. Las partes reclamantes en este asunto fueron México, Estados Unidos y la Unión Europea.²⁹ China fue la parte demandada. El informe fue apelado por los reclamantes y por China.³⁰

Las medidas en cuestión eran 4 tipos de limitaciones a las exportaciones de China (derechos, contingentes, restricciones y aranceles a las exportaciones), todas aplicadas a productos considerados materias primas dentro de esquemas “verticales” de producción. China introdujo estas limitaciones con respecto la bauxita, el coque, el espato de flúor, el magnesio, el manganeso, el carburo de silicio, el silicio metálico, el fósforo amarillo y el cinc.³¹

Los reclamantes alegaron que las medidas generaban escasez y un alza general de los precios mundiales con respecto a las materias primas. El Protocolo de Adhesión de China establece la obligación de eliminar las limitaciones a las exportaciones de China.

El asunto estudió la aplicación del Artículo XX del GATT a los demás acuerdos abarcados, así como la aplicación del artículo XI: 2 a) del GATT. Fue el primero en considerar que el Artículo XX b) no aplica a las medidas en litigio. China fundó la defensa de sus medidas invocando los apartados b) y g) del Artículo XX y el artículo XI a) del

²⁸ Gabrielle Marceau y Joel Trachtman, “*The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade*”, 36 *Journal of World Trade*, Número 811, 2002, página 874.

²⁹ A partir del 2011, el nombre oficial de las Comunidades Europeas en la OMC es el de Unión Europea.

³⁰ Después de octubre de 2011, este apartado deberá leerse atendiendo al informe que emita el Órgano de Apelación, ya sea confirmando o revocando las conclusiones y la interpretación establecida por el Grupo Especial.

³¹ La 23ª Edición de la Real Academia Española establece los siguientes significados: (1) *Bauxita*. (De Vaud, zona cercana a Arlés, en Francia).- 1. f. Óxido hidratado de aluminio que contiene generalmente cierta cantidad de óxido de hierro y suele ser de color blanquecino, gris o rojizo; (2) *Coque*. (Del inglés. *coque*). I. m. Combustible sólido, ligero y poroso que resulta de calcinar ciertas clases de carbón mineral; (3) *Espato*. (Flúor).- fluorina; Fluorina (De flúor e -ita2). 1. f. Mineral compuesto de flúor y calcio, cristalino, compacto y de colores brillantes y variados. Tiene uso en las artes decorativas, en metalurgia como fundente y, sobre todo, en el grabado del cristal.

GATT. El Grupo Especial encontró que las medidas de China, aplicadas en su conjunto, eran inconsistentes con el artículo 11.3 de su Protocolo de Adhesión, con respecto a: bauxita, coque, espato de flúor, magnesio, manganeso, silicio metálico y cinc.³²

El informe del Grupo Especial consideró que el Artículo XX del GATT no podía justificar las violaciones al Protocolo de Adhesión de China porque: (1) el texto y el contexto del artículo 11.3 del protocolo chino no hacen referencia alguna, ni siquiera general, al Artículo XX del GATT; (2) los acuerdos abarcados como el ADPIC, el OTC y el propio Acuerdo MSF establecen su propio conjunto de “flexibilidades y excepciones”.³³ El panel dijo que el AGCS tiene sus propias excepciones mientras que el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”) *incorpora expresamente* las excepciones del GATT; (3) la fuente de aplicación del Artículo XX es la incorporación por referencia y no el texto de una disposición; y (4) si los Miembros de la OMC y China hubieran querido hacer aplicable el Artículo XX, lo hubieran establecido, concluir diferente sería desequilibrado.³⁴

A mi juicio, estas conclusiones aplican *exclusivamente* al Protocolo de Adhesión de China, por lo que no se fijó un criterio general sobre la aplicabilidad del Artículo XX del GATT a los acuerdos abarcados. Esto es consistente con la propuesta de este artículo en el sentido de que dicha aplicabilidad, por su importancia en todo el sistema, debe determinarse en una escala de caso por caso. No obstante, debe tenerse cuidado con la siguiente conclusión del Grupo Especial:

“[...] Podría considerarse que la situación creada por esa disposición, considerada aisladamente, es desequilibrada pero el Grupo Especial no puede encontrar en el Protocolo *ni en ninguna otra parte un fundamento jurídico* para interpretar que el párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo de Adhesión de China permite recurrir al Artículo XX del GATT de 1994.”³⁵ [Énfasis añadido]

La interpretación del Grupo Especial en este caso se adscribe a la aproximación *literalista* de los acuerdos abarcados: “Si no está en el texto, entonces no lo quisieron las partes”. Además, no quedó claro si el argumento de los reclamantes fue sostener la imposibilidad de invocar el Artículo XX para justificar violaciones a otros acuerdos abarcados *en general*: mi opinión es que no. Los reclamantes dijeron que China pretendía “transformar” el significado de “conservación de recursos naturales” para justificar el “crecimiento sus industrias de transformación”; coincidieron en que las materias primas eran recursos naturales agotables, pero consideraron que ninguna de las medidas de China era “relativa a” la conservación de recursos naturales.³⁶

A. Relación del Artículo XX g) con el XI:2 a) del GATT

³² Informe del Grupo Especial, *China – Materias Primas*, párrafo 7.105.

³³ *Ibidem*, párrafo 7.153.

³⁴ *Ibidem*, párrafos 7.154 – 7.159.

³⁵ *Ibidem*, párrafo 7.160. Nota del Grupo Especial: “Otro grupo especial al que también se pidió que interpretara el Protocolo de Adhesión de China llegó a una conclusión similar... que no era su cometido ‘hacer una nueva valoración de lo que los Miembros de la OMC habían acordado en las negociaciones que condujeron a la adhesión de China a la OMC’: informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Neumáticos (China)*, párrafo 7.10.”.

³⁶ *Ibidem*, 7.132 y 7.133.

Considero pertinente desarrollar sobre la relación entre estas dos disposiciones por una razón: tener en cuenta los límites del artículo XX g), es decir, saber qué políticas no están abarcadas por esta excepción general.

El Grupo Especial distinguió entre las medidas “relativas a la conservación de recursos naturales agotables”, que establece el apartado g) del Artículo XX, y las medidas de la excepción del artículo XI: 2 a) del GATT, que establece:

“Las disposiciones del párrafo 1 del este artículo no se aplicarán a...prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora”.

El artículo XI: 2 a) tiene por objeto regular una situación distinta de la prevista en el Artículo XX g). El primero se aplica para prevenir o remediar situaciones temporales de escasez de recursos, no indefinidas ni permanentes. El segundo se refiere a medidas para la conservación de recursos naturales agotables que operan conjuntamente con restricciones al comercio nacional y que se aplican *imparcialmente*, es decir, que se aplican de forma que no pueden excusar la imposición de restricciones a la exportación adoptadas en ayuda al desarrollo económico de la industria nacional.³⁷ El Grupo Especial concluyó que las medidas chinas no podían justificarse bajo el apartado g) del GATT ni bajo el artículo XI: 2 a) porque: primero, no probaron que su aplicación se daba en conjunto con restricciones a la industria nacional; segundo, no probaron estar destinadas a fines de conservación del medio ambiente; y, tercero, no probaron ser aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una situación de escasez aguda de recursos.

B. Aplicación del Artículo XX b) del GATT

El Grupo Especial citó el informe del Órgano de Apelación en *Brasil – Neumáticos recauchutados*.³⁸ Recordó que los objetivos de este artículo contemplan la posibilidad de aplicar “una pluralidad de medidas en interacción”. También recordó que para alcanzar ciertos objetivos (protección sanitaria y fitosanitaria o medio ambiente) es posible que las medidas tengan que analizarse a largo plazo, siempre que se basen en suficiente evidencia y sean “necesarias”. Esto es consistente con la hipótesis de que las disciplinas de los apartados b) y g) tienen proximidad de intereses.

En *China –Materias primas* se introdujo un nuevo criterio para determinar que una medida es “necesaria” para efectos del Artículo XX b): las medidas con objetivos ambientales no pueden ser compatibles con el apartado b) cuando su aplicación no contribuye *de manera importante* al objetivo ambiental y sí al crecimiento de la producción nacional, contrarrestando el supuesto objetivo ambiental con la aplicación conjunta de otras medidas.

El Grupo Especial consideró que las medidas chinas no contribuían de manera importante al supuesto objetivo de “política ambiental global” alegado por China. Las medidas no hacían referencia a preocupaciones sanitarias ni fitosanitarias. China tampoco acreditó cómo las limitaciones protegerían a los productos básicos que tienen como fuente dichas materias primas. Adicionalmente, China no demostró cómo se relacionaban las medidas con su “política ambiental global” y por tanto, no cumplió con su carga de la prueba de mostrar que eran “necesarias” para la protección sanitaria.

³⁷ *Ibidem*, párrafos 7.374 – 7.382.

³⁸ *Ibidem*, párrafo 7.140; Informe del Grupo Especial del GATT, *Canadá - Arenque y salmón*, párrafo 4.6.

Por último, China no mostró por qué, si tenía a su alcance las medidas alternativas (menos restrictivas) propuestas por las partes reclamantes, no las aplicó en vez de las limitaciones a las exportaciones.³⁹

Aunque el precedente en esta diferencia apoya los argumentos en contra de la aplicación del Artículo XX en el caso concreto, trazó otros importantes argumentos a favor de lo planteado en este texto. Por ejemplo, al referirse a las disciplinas de los apartados b) y g) del Artículo XX del GATT, que son las que aquí interesan, el Grupo Especial dijo:

“Esos distintos objetivos de política [salud y medio ambiente] no pueden analizarse aisladamente; representan aspectos relacionados de un todo integrado.”⁴⁰

2. *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo*

Por otro lado, en este asunto, en relación con la infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial desestimó la justificación de las medidas bajo el Artículo XX b) *únicamente* porque los Estados Unidos dejaron en claro que:

"no invoca[ban] el Artículo XX del GATT de 1994 como defensa de las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del Acuerdo OTC".⁴¹ Dadas las circunstancias, entendemos que los Estados Unidos opinan que no es necesario que el Grupo Especial formule una constatación sobre la posibilidad de ampararse en el Artículo XX para justificar la infracción de una disposición del Acuerdo OTC."⁴²

La conclusión fue por economía procesal y no de fondo.

V. **Protección de recursos naturales y protección sanitaria: el Artículo XX g) y XX b) del GATT**

El derecho ambiental internacional y el derecho de la OMC son compatibles. Aunque la protección ambiental no ocupa la mayoría de las disposiciones de la OMC, el desarrollo sustentable, a través de la protección del ambiente y la salud, está reconocido como uno de los objetivos de la organización, en el Preámbulo de Acuerdo sobre la OMC.

Las medidas MSF ambientales que adoptan los Miembros pueden ser compatibles con las principales obligaciones del GATT y pueden cumplir con los requisitos que impone el Acuerdo MSF, sin necesidad de justificación bajo el Artículo XX. Para realizar ciertas políticas públicas, que den cuenta de problemas sanitarios y ambientales reales, de acuerdo con los niveles de protección o conservación que los Miembros pueden elegir, se pueden aplicar medidas que no cumplan las obligaciones de los Miembros bajo el GATT y el Acuerdo MSF. Estas medidas, que suelen dar un trato discriminatorio e implicar restricciones al comercio, pueden –no obstante– justificarse bajo el Artículo XX del GATT.

Los nuevos desafíos de las relaciones comerciales internacionales no pueden tratarse aislada ni estáticamente. Los mecanismos creados para hacer frente a estos desafíos deben ser capaces de atender a las circunstancias actuales. En palabras del Director General de la OMC, Pascal Lamy:

“Las circunstancias políticas, económicas y sociales del mundo de hoy son muy distintas de las de hace una

³⁹ *Ibidem*, párrafos 7.262 – 7.318 y 7.390.

⁴⁰ *Ibidem*, 7.140

⁴¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 159.

⁴² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafo 160.

década. Por ejemplo, *la seguridad alimentaria, el comercio de recursos naturales y la manera en que afecta al medio ambiente, así como el fenómeno de las cadenas de suministro internacionales, plantean nuevos desafíos a nivel mundial. En consecuencia, existe una brecha cada vez mayor entre las normas comerciales vigentes y la realidad del siglo XXI. Cada vez es más importante que al reflexionar sobre el camino a seguir la Organización examine de qué manera debería adaptarse a los nuevos desafíos.*⁴³ [Énfasis añadido]

En el Foro Público de la OMC 2011, la organización se fijó una meta: “identificar los desafíos para el sistema multilateral de comercio que permitan a la OMC adaptarse a un mundo en rápida evolución”. Se puso en relieve la importancia de analizar la actividad de la OMC tomando en cuenta las relaciones ‘actuales y reales’ entre las distintas disciplinas que regula.

El sistema de solución de diferencias no está exento de estos planteamientos. Por tanto, es función de los operadores jurídicos del sistema abordar las diferencias atendiendo a las necesidades que reconoce la propia OMC, y a la estrecha relación que guardan sus disciplinas.

En este estudio, dos disciplinas, identificadas como desafiantes por el director Pascal Lamy, son relevantes: la seguridad alimentaria y el comercio de recursos naturales. Ambas son preocupaciones “no comerciales” reguladas en la OMC. El Acuerdo sobre Agricultura toma nota sobre la importancia de estas; el Acuerdo MSF y las disciplinas del apartado g) del Artículo XX constituyen la regulación ambiental que hace vínculo con el Acuerdo sobre Agricultura.⁴⁴ En conjunto, se busca la protección de la vida de los seres vivos a través de la protección de los alimentos. El apartado g) del Artículo XX regula el comercio de recursos naturales agotables, se refiere a la aplicación de medidas:

“g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;...”

Tanto la protección sanitaria y fitosanitaria como la conservación de recursos naturales son objetivos legítimos en el derecho de la OMC. Es concebible que una medida aplicada o adoptada por un Miembro tenga aspectos para satisfacer uno de estos fines o ambos.

Estos objetivos legítimos también están reconocidos por otros acuerdos abarcados. En el contexto del Acuerdo OTC, el Artículo 2.2 establece que los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen *reglamentos técnicos* que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. El Artículo 2.2 tiene una lista *no cerrada* de objetivos legítimos: la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir al error (de consumidores); y *la protección de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente*, entre otros.

La aplicabilidad del apartado g) del Artículo XX al Acuerdo MSF, como una alternativa para abordar los desafíos y los fenómenos actuales que preocupan a la OMC; dicha

⁴³ Pascal Lamy, “Encontrar respuestas para los desafíos del “comercio mundial”, palabras del Director General de la OMC publicadas ante el Foro Público de la OMC 2011, celebrado del 19 al 21 de septiembre de 2011 en Ginebra.

⁴⁴ El último párrafo del Preámbulo: “Tomando nota de que los compromisos en el marco del programa de reforma deben contraerse de manera equitativa entre todos los Miembros, *tomando en consideración las preocupaciones no comerciales, entre ellas la seguridad alimentaria y la necesidad de proteger el medio ambiente...*” [Énfasis añadido].

alternativa se puede construir a partir de las disposiciones vigentes en los acuerdos abarcados.

VI. Análisis del apartado g) del Artículo XX. Recursos naturales agotables

1. Análisis de los cuatro elementos

A continuación examinaremos los cuatro elementos en el análisis de los requisitos para aplicar el apartado g) del artículo XX del GATT.

A. Primer elemento: “recursos naturales agotables”

La excepción del apartado g) no se limita a la conservación de recursos “minerales” o “inertes”. En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación sostuvo que “recursos naturales agotables” incluye a los recursos naturales “vivos” que son renovables y que, en ciertas circunstancias, están expuestos a la disminución, agotamiento o extinción como resultado de actividades humanas.⁴⁵

El Órgano de Apelación hizo referencia a instrumentos internacionales “modernos” en materia ambiental para sostener que la expresión “recursos naturales agotables” incluía tanto a seres vivos como a seres no vivos (inertes). Se analizó el término genérico “recursos naturales agotables” desde la “perspectiva implícita del Acuerdo sobre la OMC”; se observó que no se trata de un término “estático”, sino más bien de uno “por definición evolutivo”.⁴⁶

El lenguaje del Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC demuestra el reconocimiento por parte de los Miembros que la utilización óptima de los recursos mundiales “debe hacerse de conformidad con el objetivo de *desarrollo sostenible*” (énfasis añadido).⁴⁷ En aquella diferencia, el Órgano de Apelación sostuvo que la interpretación de los acuerdos abarcados debe complementarse atendiendo al lenguaje y fines legítimos que establece el Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC para dar color y textura a los acuerdos.

B. Segundo elemento: Apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional

El segundo elemento para aplicar el apartado g) es que la medida en cuestión se aplique conjuntamente con otras restricciones a la producción o al consumo doméstico.

Lo anterior constituye una cláusula de imparcialidad. En caso de que no se impongan –en absoluto– restricciones a los productos similares de origen nacional y las limitaciones recaigan exclusivamente sobre productos importados, no cabe aceptar que la medida esté destinada, “no ya principalmente, sino ni siquiera en un grado sustancial”, a alcanzar objetivos de conservación; una medida de ese tipo sería discriminatoria y proteccionista.⁴⁸

En *China – Materias Primas*, el Grupo Especial concluyó que las restricciones a la producción nacional no sólo deben existir sino *operar conjuntamente* con los fines de

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 128. Para demostrar el carácter agotable de las tortugas marinas, el Órgano de Apelación señaló que éstas figuraban en el apéndice 1, relativo a las especies en peligro de extinción, de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (“CITES”).

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 130.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 153.

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, páginas 24-25.

conservación. Estableció que las restricciones a la producción nacional deben: (1) *velar por la eficacia de las restricciones nacionales y de las restricciones a las exportaciones*; y (2) *operar al mismo tiempo que las restricciones a las exportaciones conexas*. No hay aplicación imparcial de las medidas si éstas no tienen *realmente* el objetivo de conservación, y si no contribuyen a alcanzar otros objetivos tratándose de medidas con varios fines o de una pluralidad de medidas en interacción. Las limitaciones a las exportaciones de China no acreditaron ser relativas a los fines de conservación de materias primas, ni aplicarse “temporalmente” para hacer frente a una escasez aguda en el sentido del Artículo XI a) del GATT. De hecho, las medidas chinas tenían el efecto de aumentar los costos para los productores extranjeros y de reducirlos para los productores nacionales; aumentaron la producción nacional y el consumo de las materias primas que supuestamente estaban destinadas a conservar.⁴⁹

En *Estados Unidos –Gasolina*, el Órgano de Apelación constató que las restricciones a la producción nacional no hace obligatorio tratar de manera idéntica a los agentes nacionales y a los agentes extranjeros, siempre que se respete el deber de trato imparcial.⁵⁰ Por último, en *Estados Unidos –Camarones*, se consideró que el artículo 609 norteamericano constituía una medida imparcial porque se aplicó conjuntamente con restricciones a la pesca nacional, como exige el apartado g) del Artículo XX.⁵¹

C. Tercer elemento: El estándar de relatividad

A diferencia del apartado b), el apartado g) del Artículo XX introduce un estándar de relatividad y no uno de necesidad.⁵²

Los Artículos I, III y XI del GATT son contexto relevante para el apartado g) del Artículo XX, y viceversa. La frase “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables” debe interpretarse estrictamente para no contravenir el fin y el objetivo del párrafo 4 del artículo III. En armonía, el artículo III: 4 del GATT tampoco debe interpretarse con un alcance tan amplio que de hecho “vacíe de contenido al apartado g) del Artículo XX y a las políticas e intereses que encarna”.⁵³

En *China – Materias Primas*, el Grupo Especial distinguió entre los objetivos del Artículo XX g) del GATT y los de la excepción del Artículo XI a) del GATT.⁵⁴ Dijo que los artículos regulan situaciones distintas. El Artículo XI a) se refiere a medidas aplicadas para “prevenir” o “reducir” situaciones *temporales*, no indefinidas ni permanentes, que impidan una escasez “grave” o “aguda” o una crisis para los “productos esenciales” de un Miembro.⁵⁵

Por su parte, el Artículo XX g) se refiere a la conservación de recursos naturales agotables. Asimismo, el Grupo Especial dijo que el Artículo XX g) del GATT no podía invocarse si justifica indirectamente algo que el Artículo XX (i) prohíbe directamente, a saber: que se apliquen restricciones a las importaciones de las materias primas que tengan por efecto aumentar la producción nacional. El Artículo XX g) no puede invocarse en defensa de medidas incompatibles con el GATT cuyo objetivo sea aislar a los productores

⁴⁹ *Ibidem*, párrafos 7.444-7.458

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, páginas 24 y 25.

⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 144-145.

⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 20.

⁵³ *Ibidem*, página 21.

⁵⁴ *Cfr.* Informe del Grupo Especial, *China –Materias Primas*.

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, *China –Materias Primas*, párrafo 7.260.

nacionales de la competencia extranjera invocando la conservación. Por tanto, en este tipo de medidas, deben leerse conjuntamente los apartados g) e i) del Artículo XX del GATT.⁵⁶

En *Estados Unidos – Gasolina*, Estados Unidos adoptó una medida para reglamentar la composición y los efectos de las emisiones de las gasolinas, con el fin de disminuir la contaminación del aire en el país. El Órgano de Apelación constató que la medida elegida estaba “destinada principalmente a” alcanzar el objetivo de política de conservar el aire limpio en los Estados Unidos y por lo tanto, estaba comprendida en el ámbito del apartado g) del Artículo XX.

Las partes litigantes estuvieron de acuerdo con que una medida bajo esta excepción debe estar “destinada principalmente a la conservación de un recurso natural agotable”. No obstante, el Órgano de Apelación constató que dicha frase “no pertenece en sí misma al texto de un tratado y no está concebida como criterio simple para comprobar la inclusión en el ámbito del Artículo XX g) o su exclusión.⁵⁷ Así, una medida podría estar destinada “principalmente” a la protección sanitaria y fitosanitaria y “complementariamente” a la conservación de recursos naturales agotables, o viceversa.

En la apelación de *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación observó que la prohibición de Estados Unidos a la importación de camarones de otros Miembros no era burda, sino que guardaba una relación medios–fines con la política de conservación de tortugas marinas. El estándar “relativas a” exige una relación sustancial entre los medios (la medida) y los fines (la política de conservación), pero no necesaria. Para que una medida se considere “relativa a”, basta con que no tenga un alcance o un ámbito (*scope*) desproporcionadamente amplio para alcanzar sus objetivos de protección o conservación.⁵⁸

D. Cuarto Elemento: Limitación jurisdiccional: ¿Interpretación long arm para aplicar el Artículo XX g) al Acuerdo MSF?⁵⁹

Para sostener que el artículo XX g) del GATT puede invocarse para justificar medidas MSF es necesario encontrar puntos de conexión suficientes entre ambos instrumentos normativos. Ahora bien, lo que aquí se sostiene es que las MSF y las medidas que ampara el artículo XX g) son de la misma clase: medidas ambientales. El elemento ambiental es lo que vincula la excepción con el Acuerdo MSF, frente a las cada vez más comunes políticas globales o integrales en materia de protección ambiental, sanitarias y fitosanitarias. Considero que esta interpretación *no* es de las que sugiere extender la jurisdicción, de ahí que en mi opinión es relevante fijar distancia con respecto al argumento de la limitación jurisdiccional.

Cuando una jurisdicción extiende su aplicación más allá de los ámbitos materiales y territoriales que le son “propios”, estamos en presencia de una interpretación *long arm’s jurisdiction*. Esto significa una interpretación que extiende o amplía la aplicación de disposiciones normativas con base en puntos de conexión que no son tan evidentes.

En el contexto del Artículo XX del GATT, la interpretación que se hizo en *Estados Unidos – Camarones* sobre el estándar de relatividad de la medida impuesta por Estados Unidos para proteger tortugas marinas, podría considerarse extensiva. La razón: el único

⁵⁶ *Ibidem*, párrafos 7.172 y 7.386.

⁵⁷ *Ibidem*, página 22.

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 141 y 142.

⁵⁹ No me refiero al principio *long arm’s length* del derecho fiscal, que aplica como estándar de competencia para determinar precios de transferencia entre partes no relacionadas.

vínculo jurisdiccional entre la medida y la política de conservación fue que el territorio norteamericano está dentro de las rutas migratorias que siguen las tortugas marinas a lo largo de sus vidas. Eso fue todo. Considerar ese vínculo como “suficiente” sugiere que es posible interpretar extensivamente las medidas a través de las cuales los Miembros tratan de alcanzar sus políticas públicas ambientales.

En *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 –Malasia)*, el Órgano de Apelación señaló que las conclusiones mencionadas no constituían una mera declaración con efectos *obiter dicta*, pero aclaró que no discutió la existencia implícita de una limitación en la jurisdicción.⁶⁰

Los párrafos a) a j) del Artículo XX tiene un factor común: sus disciplinas justifican medidas que están reconocidas *como excepciones a obligaciones sustantivas*, “porque se ha reconocido un carácter importante y legítimo a la política interna implícita en esas medidas”.

Esta forma de interpretar la función del Artículo XX y de los fines legítimos consagrados en sus excepciones generales, autoriza a proponer la invocación del Artículo XX g) como una defensa para justificar una medida sanitaria/fitosanitaria. Partiendo del estándar de “suficiencia” o más bien, de “relatividad”, fijado en *Estados Unidos – Camarones*, aplicar el apartado g) del Artículo XX para justificar una medida sanitaria/fitosanitaria, implica una operación menos aventurada que la que supuso convalidar la medida norteamericana de conservación de tortugas marinas.

Por otro lado, en *Estados Unidos – Atún II (México)*, se habló de un concepto similar: “la reglamentación extraterritorial”. En el contexto del Artículo XX del GATT, México sostuvo que las medidas norteamericanas ejercían presión unilateralmente sobre las flotas pesqueras mexicanas; para cambiar sus zonas o sus métodos de pesca, lo cual acreditaba el efecto discriminatorio *de facto* del etiquetado *Dolphin Safe*. México reconoció que es posible que, “en algunas circunstancias limitadas y en virtud de alguna de las excepciones específicas a las obligaciones de la OMC, un esfuerzo unilateral dirigido a modificar el comportamiento de otro país soberano, esté justificado”. Sin embargo, México puntualizó que los Estados Unidos no invocaron ninguna de esas excepciones y que ninguna de ellas se aplica a las medidas estadounidenses.

El Grupo Especial recordó el *obiter dicta* del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Camarones*:

"No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por alguna de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita *a priori* la justificación de una medida al amparo del Artículo XX. *Una interpretación de ese tipo inutiliza la mayoría de las excepciones del Artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.*"⁶¹ [Énfasis añadido]

Las disciplinas del apartado g) están suficientemente relacionadas con la protección sanitaria y fitosanitaria, desde una perspectiva de soberanía ambiental reconocida bajo el derecho de la OMC. Por tanto, no es necesario interpretar bajo *long arm's jurisdiction* para sostener la aplicabilidad del Artículo XX g) al Acuerdo MSF.

⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 –Malasia)*, párrafos 121 y 133 y 138.

⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 121.

2. *Proximidad de los intereses: un nexo más fuerte.*

Los apartados b) y g) del Artículo XX establecen la autonomía que los Miembros tienen para conducir políticas ambientales. La OMC reconoce institucionalmente esta interpretación y ubica estos dos apartados como el lugar común para las “políticas ambientales abarcadas por el Artículo XX”.⁶²

Un intérprete de tratados debe tener en cuenta la importancia relativa de los intereses o valores que una medida sanitaria/fitosanitaria está destinada a proteger. Cuanto más vitales o importantes sean los intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como “necesaria” una medida concebida como instrumento para lograr la observancia del Artículo XX.⁶³

Una medida sanitaria/fitosanitaria puede formar parte de una política ambiental de protección y conservación. Si una medida sanitaria/fitosanitaria es necesaria en los términos del apartado b) del Artículo XX, al mismo tiempo o por sí sola, puede ser “relativa a” la conservación de recursos naturales agotables, siempre que se aplique en conjunto con restricciones a la producción nacional. Las disciplinas de ambas disposiciones están estrechamente relacionadas porque tienen como factor común la protección o la conservación del medio ambiente.⁶⁴

En *Brasil–Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación reconoció que sólo es posible hacer frente a determinados problemas ambientales complejos con políticas globales que comprendan una pluralidad de medidas en interacción.⁶⁵ También identificó “las tensiones que pueden existir entre el comercio internacional, de un lado, y algunos problemas relacionados con la salud pública y el medio ambiente”, de otro; a este respecto, es factor esencial el derecho fundamental de los Miembros de la OMC a determinar el nivel adecuado de protección (y conservación) que consideren adecuado en cada caso.⁶⁶

El estándar de “necesidad” es clave para apreciar la relación de una medida protectora de la salud y la vida con una política ambiental. Para que una medida sanitaria/fitosanitaria sea necesaria: (i) debe ser adecuada para hacer una contribución importante al logro de su objetivo; (ii) debe proteger valores de importancia para el Miembro que la adopta; y (iii) no debe haber medidas alternativas capaces de alcanzar el nivel de protección adecuado del Miembro.

El alcance de la expresión “necesarias” no se limita a lo que es indispensable, de absoluta necesidad o inevitable. Se refiere a una variedad de grados de necesidad, a un *continuo* en el concepto “necesidad”. En un extremo de este continuo están las medidas “indispensables” y en el otro extremo están las medidas “que contribuyen a”. Las medidas necesarias están significativamente más cerca del polo “indispensable” que del polo “contribuye a”.⁶⁷ Siguiendo esta lógica, una medida “relativa a” estaría más cerca del polo “contribuye a” y es más fácil de acreditar que una medida “necesaria”. Si una medida

⁶² La página web de la OMC tiene un apartado llamado “Normas de la OMC y políticas ambientales: las excepciones previstas en el GATT”. En ella se identifican a los apartados b) y g) como los ámbitos donde se ubican las políticas ambientales.

⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 162.

⁶⁴ Medio ambiente como un universo que abarca tanto a los recursos naturales agotables vivos como a la protección de la vida y salud de éstos.

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, página 60.

⁶⁶ *Ibidem*, página 100, párrafos 209-210.

⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 161.

sanitaria/fitosanitaria con fines de conservación y ambientales es encontrada inconsistente con alguna disposición del GATT o del Acuerdo MSF, debe tener la posibilidad de justificarse bajo los estándares de “necesidad” y “relatividad” de los apartados b) y g) del GATT.

Una medida sanitaria/fitosanitaria podría no ser necesaria para efectos del apartado b) del Artículo XX y no obstante, ser relativa a la conservación de recursos naturales. El apartado g) del Artículo XX podría entonces justificar una medida MSF que fue encontrada, en principio, inconsistente con el Acuerdo MSF.

Ahora bien, si una medida sanitaria/fitosanitaria es encontrada inconsistente con el Acuerdo MSF y con el GATT en virtud de la presunción del Artículo 2.4 del Acuerdo MSF, entonces es posible que la medida no haya sido sometida a un examen de “necesidad”.

Como pasó en *Estados Unidos – Aves de Corral*, cuando se constata una inconsistencia con el Artículo 5.1 del Acuerdo MSF, entonces hay violación al Artículo 2.2. Si hay violación de ambos artículos, entonces procede la presunción del Artículo 2.4 y por tanto, la medida en cuestión es inconsistente con el GATT, incluido el Artículo XX. Este proceso de presunciones hace que una medida pueda ser considerada inconsistente con todas las disposiciones anteriores sin realmente haber sido sometida a un examen de “necesidad”.

¿Por qué lo anterior es relevante? Porque muestra que una medida sanitaria/fitosanitaria con fines ambientales puede ser “presa” de este orden de análisis y durante ese proceso no ser examinada adecuadamente bajo estándares que podrían justificar su aplicación. Es decir, una medida sanitaria/fitosanitaria de este tipo todavía podría pasar el estándar de necesidad del apartado b), el de relatividad del apartado g) y las provisiones del subsecuente *chapeau*.

Si una medida sanitaria/fitosanitaria es capaz de pasar el estándar de necesidad del Artículo XX, por mayoría de razón, debería ser capaz de superar el (menos exigente) estándar de relatividad que exige el apartado g) del Artículo XX. *A contrario sensu*, una medida sanitaria/fitosanitaria con fines ambientales podría estar justificada bajo el apartado g) del Artículo XX a pesar de ser inconsistente con las disposiciones del GATT y del Acuerdo MSF.

Esto sólo es posible si se puede revertir la presunción que establece el Artículo 2.4 del Acuerdo MSF. La única herramienta con la que dicha reversión (*rebuttal*) puede darse es a través de la invocación de los apartados b) y g) del Artículo XX.

3. *Otras excepciones generales*

Las excepciones contenidas en los apartados c), e) y f) exceden el objeto de la presente investigación. Me limitaré a señalar que el apartado c) se refiere a la excepciones “relativas a la importación o a la exportación de oro o plata; el apartado d) se refiere a las medidas “necesarias para lograr la observancia de leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del GATT; el apartado e) se refiera a las medidas “relativas a los artículos fabricados en la prisiones”.⁶⁸

⁶⁸ México invocó esta excepción en el asunto *México – Impuestos sobre refrescos*. El Órgano de Apelación consideró que el apartado no se refería a la observancia de tratados internacionales (el TLC, como invocaba México).

Las disposiciones de los apartados h), i) y j) del Artículo XX también exceden los propósitos de este trabajo, por lo que no serán analizados.⁶⁹

VII. *Chapeau* del Artículo XX del GATT y el Artículo 2.3 del Acuerdo MSF

El Órgano de Apelación ha establecido un doble análisis para interpretar el Artículo XX del GATT. En cualquier diferencia, primero se analizan las excepciones particulares que establece el Artículo XX. Después, se analiza el Preámbulo o *chapeau*, es decir, la parte de la norma que prescribe la *forma* en que se debe aplicar una medida.⁷⁰ El objetivo del *chapeau* es “prevenir el abuso de las excepciones”, y constituye una “aplicación específica del principio general de *abus de droit*.”⁷¹

El Artículo 2.3 del Acuerdo MSF y el *chapeau* son disposiciones muy similares, y su análisis es relevante para concluir si pueden invocarse las excepciones del Artículo XX para amparar disposiciones sustantivas del Acuerdo MSF. El Artículo 2.3 del Acuerdo MSF:

“Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no *discriminen* de manera *arbitraria* o *injustificable* entre Miembros en que prevalezcan *condiciones idénticas o similares*, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una *restricción encubierta del comercio internacional*.” [Énfasis añadido].

El Preámbulo del Artículo XX:

“A reserva de que no se apliquen las medidas...en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional...”

Aunque es evidente el parecido de ambas disposiciones, es preciso hacer distinciones. El Artículo 2.3 constituye una obligación sustantiva que se complementa con el resto de obligaciones “de corte científico” del Acuerdo MSF.⁷² El *chapeau*, por su lado, tiene requisitos tanto de fondo como de procedimiento para validar una excepción, por lo que su interpretación es mucho más estricta que la del Artículo 2.3. En el Artículo 2.3, el debate está en determinar la *calidad* del trato diferenciado, mientras que en el Artículo XX, la cuestión está en determinar si el trato diferenciado contribuye a que exista discriminación.⁷³

Ambas disposiciones tienen un triple criterio:

- a) Que no haya discriminación “arbitraria” o “injustificable”.
- b) Comparación. Para el *chapeau*, entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones. En el Artículo 2.3, entre territorios donde prevalezcan condiciones similares o idénticas.

⁶⁹ Con la salvedad de que el Artículo XX i) debe interpretarse conjuntamente con el Artículo XX g) tratándose de limitaciones a las exportaciones.

⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 24.

⁷¹ Bradley J. Condon, “El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica”, Cameron May, 2007, Reino Unido, página 260.

⁷² Principios científicos, testimonios científicos suficientes y evaluación de riesgo adecuada.

⁷³ Joanne Scott, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: A commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, página 142, nota 70.

c) Que no haya una restricción encubierta al comercio internacional.⁷⁴

En el GATT (artículos I.1 y III.4) la comparación para acreditar discriminación se da entre “productos similares”, mientras que en el Artículo 2.3 y en el Preámbulo del Artículo XX el parágón es entre territorios donde prevalezcan condiciones similares o idénticas.

Arbitrario e injustificable: en el contexto del Artículo XX, se ha entendido como la forma en que una medida puede aplicarse, tanto en sus lineamientos detallados como en su aplicación específica. Por arbitrario puede entenderse la falta de cooperación (con los gobiernos de los países exportadores) de parte de un Miembro, para lograr que las mismas reglas que les aplican a los productores nacionales se apliquen a los productores extranjeros.⁷⁵

En el contexto del Acuerdo MSF, las expresiones “arbitraria” e “injustificable” no han sido discutidas ampliamente, por la cantidad limitada de disputas bajo el Artículo 2.3. Para traer algo de claridad sobre ambos conceptos, acudo a la jurisprudencia en el contexto del Artículo XX del GATT.

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación dijo que hay discriminación “arbitraria e injustificada” no sólo cuando hay un trato diferenciado entre países donde prevalecen las mismas condiciones, sino también cuando se da un trato idéntico a países en diferentes condiciones, principalmente cuando la aplicación de una medida “no permite ninguna investigación para determinar si [un] programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en países exportadores”.⁷⁶

La discriminación pueda darse *de iure* o *de facto*.⁷⁷ Por ejemplo, un Miembro podría aprobar una ley con una prohibición general para las vacunas que combaten el papiloma humano, pero aplicarla únicamente a su principal competidor en la producción de farmacéuticos, discriminándolo *de facto*.

En *Estados Unidos – Aves de Corral*, el Grupo Especial observó que el Artículo 5.5 del Acuerdo MSF constituye una aplicación más específica del Artículo 2.3, por lo que sus disposiciones y criterios son relevantes para la interpretación de este último. También consideró que la expresión “arbitraria o injustificable” y las constataciones sobre el Preámbulo del Artículo XX del GATT son útiles para orientar la interpretación del Artículo 2.3.⁷⁸

Bajo el Artículo 5.5 del Acuerdo MSF, para justificar que un trato diferenciado no es arbitrario o injustificable, un Miembro tendría que demostrar que, en situaciones comparables, hay niveles de riesgo diferentes. Para acreditarlo, es necesario que existan testimonios científicos suficientes de conformidad con el Artículo 2.2 del Acuerdo MSF.

⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Artículo 21.5 – Malasia)*, párrafo 118.

⁷⁵ Bradley Condon, op. cit., página 162, nota 126.

⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 165. En *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo en que “condiciones” se refiere a las “reinascentes entre los países exportadores y en los países exportadores”, página 27-28. Este criterio es congruente con el Artículo 4 del Acuerdo MSF, que establece la obligación de equivalencia a cargo de los Miembros importadores, de aceptar las medidas MSF de otros exportadores cuando éstos demuestren objetivamente que sus medidas MSF logran el nivel adecuado de protección del Miembro importador.

⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, párrafo 78.

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de Corral*, párrafos 7.248 – 7.251.

Lo anterior da cuenta de una conexión entre las obligaciones “base” del Acuerdo MSF y el Artículo 2.3. La interpretación del Preámbulo del Artículo XX del GATT puede utilizarse para el Acuerdo MSF siempre que se vincule racional y objetivamente con la base normativa científica de las MSF. En todo caso, no debe perderse de vista que hay “diferencias estructurales” entre las disposiciones.⁷⁹

Sobre el elemento “restricción encubierta”, éste debe interpretarse junto con los elementos de “discriminación arbitraria e injustificable”; ya que se dan sentido recíprocamente.⁸⁰

Interpretar y aplicar el *chapeau* equivale a la “delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio” entre el derecho de los Miembros de invocar excepciones al amparo del Artículo XX y los derechos sustantivos de otros Miembros en virtud del GATT.⁸¹ Esta lógica debería aplicar para equilibrar las disposiciones del GATT con las de otros acuerdos abarcados, en este caso, el Acuerdo MSF.

El Artículo XX se ha interpretado a partir de nociones de equilibrio y utilidad. La misma lógica puede utilizarse para invocar las excepciones de los apartados g) y b) a disposiciones sustantivas del Acuerdo MSF. Las medidas sanitarias y fitosanitarias pueden entrar en conflicto con varias disposiciones del GATT a la vez, principalmente con el Artículo XI, que prohíbe cualquier restricción cuantitativa a las importaciones. Así, parece necesario que exista una herramienta para asegurar que ninguno de los derechos en conflicto suprima al otro, por lo que la aplicación del Artículo XX (la posibilidad de invocarlo para amparar disposiciones del Acuerdo MSF) atiende dicha necesidad.

En tanto partes del Acuerdo sobre la OMC, el Acuerdo MSF y sus medidas están sujetos a la misma pretensión de equilibrio que persigue el Artículo XX del GATT:

“La ubicación de la línea de equilibrio conforme se expresa en el Preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos.”⁸²

El Preámbulo incorpora el reconocimiento de los Miembros de la OMC de una necesidad: mantener un equilibrio entre derechos y obligaciones. Del mismo modo, los apartados b) y g) del Artículo XX del GATT, el Preámbulo del GATT y las disposiciones del Acuerdo MSF dan legitimidad a la protección sanitaria y fitosanitaria, como un fin que forma parte de las aspiraciones ambientales del sistema de la OMC.

Debe haber un equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción, en virtud del Artículo XX, y su deber de respetar los derechos convencionales de otros Miembros.⁸³

Cada uno de los párrafos a) al j) establecen una excepción, limitada y condicionada, a las obligaciones sustantivas contenidas en las demás disposiciones del GATT. “La disponibilidad en última instancia de la excepción está sujeta a que el Miembro que la invoca cumpla las prescripciones del Preámbulo”.⁸⁴ El *chapeau* es el último bastión para el Artículo XX y en ese sentido, la posibilidad de invocar las excepciones particulares para

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 239.

⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 29.

⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 158-159.

⁸² *Ibidem*, párrafo 159.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 156-157.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 160.

amparar disposiciones del Acuerdo MSF no debe restringirse *a priori*, pues como veremos a continuación, hay buenas razones para ponderar las disciplinas del Acuerdo MSF con las excepciones en particular del Artículo XX del GATT.

VIII. Conclusiones generales

Los apartados b) y g) del Artículo XX del GATT aplican al Acuerdo MSF. Los elementos centrales para arribar a esta conclusión son: 1) la soberanía de los Miembros para realizar políticas ambientales bajo el derecho de la OMC; 2) la persecución de fines ambientales como la salud pública y el medio ambiente está reconocida como un objetivo legítimo y como un elemento común de las excepciones del Artículo XX; 3) la estrecha relación entre medidas MSF y medidas destinadas a conservar recursos naturales, como partes del más amplio universo de medidas ambientales; y, 4) toda presunción en contra de un demandado, debe ser capaz de revertirse.

Las excepciones del Artículo XX son ideales para cumplir esta función de imparcialidad y equidad procesal dentro del sistema de solución de diferencias.

El derecho de la OMC reconoce una serie de objetivos legítimos que son compatibles con sus disposiciones. Como herramientas para equilibrar la promoción del comercio internacional y la consecución de esos otros objetivos legítimos, los acuerdos abarcados regulan una multiplicidad de materias que tienen sus propias limitaciones, restricciones y condiciones de aplicación.

Las excepciones generales del Artículo XX del GATT establecen una serie de disciplinas que pueden justificar la inconsistencia con el comercio de bienes y mercancías. Los acuerdos abarcados cuyas materias están estrechamente relacionadas con el comercio de bienes y de mercancías, obligan a los Miembros y les otorgan derechos en una doble dimensión. Por un lado, prescriben el deber de establecer y aplicar sus medidas con respeto a las disposiciones de la OMC. Por otro, permiten que ciertas medidas, potencialmente inconsistentes con obligaciones sustantivas de los acuerdos abarcados y del GATT, sean justificadas a través de excepciones generales siempre que busquen fines legítimos y no disfracen medidas “arbitrarias”, “injustificadas” y “restrictivas del comercio internacional”.

Por su relevancia para todo el sistema, la aplicación de las excepciones generales del GATT a los acuerdos abarcados es una cuestión que debe determinarse caso por caso. Sin embargo, dada la posibilidad de que un Miembro se vea privado de sus derechos de defensa con la mera presunción *prima facie*, que otro Miembro reclamante establezca en su contra, no puede restringirse el acceso *a priori* a invocar excepciones generales. Los estándares para justificar una medida con determinado apartado del Artículo XX, aunados a las exigencias del Preámbulo o *chapeau* son una protección suficiente para evitar el abuso en la invocación de excepciones.

El Acuerdo MSF es importante por las implicaciones que tienen sus disciplinas para todo el sistema. El comercio de bienes bajo el sistema multilateral puede afectarse fácilmente con una multiplicidad de medidas. Las medidas sanitarias/fitosanitarias constituyen medidas potencialmente restrictivas al comercio, por los fines que persiguen. La constante renovación tecnológica en los métodos de producción y en la forma de comerciar está estrechamente relacionada con la aparición de riesgos. El Acuerdo MSF proporciona un método y da una serie de estándares razonablemente adecuados para salvaguardar la adopción de medidas de protección sanitaria y fitosanitaria, en congruencia con los derechos y obligaciones que establece el sistema multilateral de comercio.

La promoción del comercio internacional está irremediabilmente relacionada con las preocupaciones legítimas —no comerciales— que los Miembros de la OMC reconocen y regulan. Frente a la dificultad real de alcanzar nuevos consensos en materia comercial internacional, que puedan hacer frente a problemas nuevos y vigentes, las normas del sistema deben poder interpretarse como herramientas “eficaces” para dar cuenta de los retos imperantes.

En este contexto, la interpretación de las normas del sistema de solución de diferencias no puede ser ajena al fenómeno de la fragmentación normativa en el derecho internacional, ni a las posibilidades que ofrece utilizar métodos de interpretación “evolutivos”.

La interpretación evolutiva es posible en el derecho de la OMC, principalmente por la relación que guardan los acuerdos abarcados con el GATT y con muchos otros instrumentos que regulan las mismas disciplinas, en distintos niveles.

Las excepciones generales del GATT son candidatos ideales para ser objeto de un nuevo escrutinio respecto de disciplinas que pueden abarcar.

El Acuerdo MSF tiene un lenguaje y una materia de regulación lo suficientemente amplia para relacionarlo con dos apartados del Artículo XX del GATT: el apartado b) y el apartado g). Las materias de salud pública y de medio ambiente están estrechamente vinculadas y el diseño de políticas públicas refleja esta relación. En atención a los medios de interpretación desarrollados, las normas de la OMC deben ser capaces de responder a estos fenómenos interrelacionados de política pública y deben poder, en consecuencia, aplicar a materias donde hay proximidad de intereses.

La proximidad facilita la interpretación y la posterior aplicación. Sin embargo, para justificar el incumplimiento de obligaciones bajo los acuerdos abarcados, el análisis de excepciones debe ser una operación responsable y hacerse caso por caso. Ponderar y sopesar son ejercicios fundamentales.