

LA “POLINIZACIÓN CRUZADA” EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA OMC EN LOS CASOS DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

*Bradly J. Condon**

Resumen:

Este artículo analiza varias cuestiones jurídicas no claramente resueltas en la jurisprudencia de la OMC que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC. ¿Cómo se deberían tratar los subsidios ambientales bajo el GATT, en el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC)? ¿Se pueden aplicar las excepciones generales del Artículo XX del GATT a otros acuerdos en el Anexo 1A? ¿Son los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal relevantes para determinar la cuestión de "productos similares" en los artículos I y III del GATT, en el Acuerdo SMC, en el Acuerdo Antidumping y en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)? ¿Cuál es el alcance de los párrafos b y g del Artículo XX del GATT y la relación entre éstos? ¿Cuál es la relación entre el artículo XX del GATT y los acuerdos ambientales multilaterales? ¿Cómo deberían interpretarse y aplicarse el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y el Acuerdo OTC dentro del contexto de medidas ambientales? Este artículo examina los puntos antes mencionados.

Palabras Clave: Interpretación de los acuerdos OMC, medio ambiente, Acuerdo sobre Agricultura, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, procesos y métodos de producción, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Artículo XX del GATT, Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Abstract:

This article analyses several unresolved issues in WTO law that may affect the WTO-consistency of environmental measures. How should the WTO deal with environmental subsidies under the GATT, the Agreement on Agriculture and the SCM Agreement? Can the general exceptions in GATT Article XX be applied to other agreements in Annex 1A? Are processing and production methods relevant to determining the issue of “like products” in GATT Articles I and III, the SCM Agreement and the Antidumping Agreement and the TBT Agreement? What is the scope of paragraphs b and g in GATT Article XX and the relationship between these two paragraphs? What is the relationship between GATT Article XX and multilateral environmental agreements? How should the SCM Agreement, TBT Agreement and SPS Agreement be interpreted and applied in the context of environmental measures? The paper explores these issues.

Keywords: Interpretation of the WTO agreements, environment, Agreement on Agriculture, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, processes and production methods,

* Titular de la Cátedra OMC y Director, Centro de Derecho Económico Internacional, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, DF, y *Senior Fellow*, *Tim Fischer Centre for Global Trade and Finance*, Bond University, Australia. Agradezco el apoyo de la Asociación Mexicana de Cultura y del ITAM.

Agreement on Technical Barriers to Trade, Article XX of GATT, Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures.

I. Introducción

Las medidas ambientales plantean cuestiones jurídicas con respecto a la relación entre el derecho de la OMC y el derecho ambiental internacional y la relación entre los varios Acuerdos de la OMC. Este artículo analiza varias cuestiones jurídicas no claramente resueltas en la jurisprudencia de la OMC que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC: (1) si los procesos y métodos de producción (PMPs) que no afectan al producto como tal son fundamentales para determinar la cuestión de "productos similares" en los Artículos I y III del GATT, el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre la Implementación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC); (2) la relación entre el Artículo XX del GATT, otros Acuerdos de la OMC y los acuerdos ambientales multilaterales; (3) la interpretación y aplicación del Acuerdo OTC; (4) la interpretación y aplicación del Acuerdo MSF; y (5) las subvenciones verdes bajo en GATT de 1994, el Acuerdo SMC y en el Acuerdo sobre la Agricultura. El enfoque de este artículo es sobre cuestiones jurídicas no claramente resueltas y no sobre la consistencia de medidas específicas con las disposiciones de la OMC. Sin embargo, este artículo no pretende resolver todas las cuestiones interpretativas no resueltas que pueden afectar la consistencia de las medidas ambientales con las disposiciones de la OMC. En particular, este artículo no analiza la consistencia de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) con el derecho de la OMC ni el efecto interpretativo de la referencia al desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC.¹ Tampoco analiza todos los acuerdos abarcados de la OMC u otros tratados internacionales que pueden ser pertinentes, como los tratados sobre la inversión extranjera y las disposiciones comerciales en los AMUMA.²

Hay cada vez más “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes (Anexo 1A). En 2010 y 2011 se emitieron varios informes sobre cuestiones novedosas en el contexto del Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, en los cuales la interpretación de términos en estos acuerdos se hizo a la luz de las interpretaciones de términos parecidos en contextos parecidos en el GATT. Este artículo analiza hasta qué punto la jurisprudencia sobre los términos de un acuerdo abarcado puede aplicarse a la interpretación de los términos parecidos en contextos parecidos en otros acuerdos abarcados. Este análisis se enfoca en los términos que son más relevantes para las disputas sobre el comercio y el medio ambiente en varios acuerdos abarcados: el concepto de productos similares y el lenguaje de las excepciones pertinentes del artículo XX del GATT.

¹ Estas cuestiones se analizan en Condon, Bradly, *Environmental Sovereignty and the WTO: Trade Sanctions and International Law*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2006.

² Está fuera del alcance de este artículo considerar otros acuerdos abarcados. Para un análisis de estas cuestiones en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, véase Sinha, Tapen y Condon, Bradly, *Climate Change and Intellectual Property Rights for New Plant Varieties*, 15 de Octubre de 2011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1944593>.

II. “Productos similares” y los procesos y métodos de producción (PMP)

El término “productos similares” es un concepto esencial en el análisis de las obligaciones de no discriminación en los artículos I:1, III:2 y III:4 del GATT, al igual que en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF. La cuestión de si los procesos y métodos de producción (PMP) son pertinentes para determinar la similitud de los productos también tiene implicaciones en el Acuerdo sobre SMC (y el Acuerdo Antidumping), ya que el término “productos similares” es relevante para una variedad de asuntos fundamentales dentro de estos acuerdos.³ La determinación de cuáles preocupaciones ambientales debe tomarse en consideración para determinar la similitud de productos tendría un rango muy amplio de consecuencias en el derecho de la OMC.

En *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, el Órgano de Apelación explicó que el concepto de ‘similitud’ es relativo y que evoca la imagen de un acordeón. La amplitud del acordeón se debe determinar por una disposición particular en la cual el término ‘similar’ se encuentra al igual que por el contexto y las circunstancias que prevalecen en cualquier caso en el cual la disposición pueda aplicarse.⁴ La jurisprudencia sugiere que los mismos cuatro criterios que aplican para determinar la similitud de un producto en el artículo III del GATT también aplican en el contexto del artículo I del GATT.⁵

El Órgano de Apelación ha aplicado consistentemente los siguientes 4 criterios para determinar si los productos se encuentran en una relación competitiva que llevaría a la conclusión que bajo el artículo III del GATT serían productos similares: (1) las propiedades físicas, naturaleza y la calidad del producto; (2) hasta qué punto los productos pueden servir para el mismo uso o uso similar o en un mercado determinado; (3) hasta qué punto los consumidores perciben y tratan los productos como un medio alternativo para satisfacer una necesidad o demanda; y (4) la clasificación arancelaria de los productos. En *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación notó que estos criterios son simples herramientas para ayudar en la tarea de examinar la evidencia relevante. Estos no se encuentran en ningún tratado ni son una lista cerrada de criterios que determinarán la caracterización legal de un producto.⁶ El origen de los primeros tres criterios está en el Reporte del Grupo de Trabajo sobre *Ajustes Fiscales en Frontera*, mientras que el cuarto criterio se adhirió por paneles del GATT subsecuentes. El propósito del análisis de productos similares es tomar en cuenta la evidencia que indica si, y en qué extensión, los productos involucrados están – o pueden estar – en una relación competitiva dentro del mercado.⁷

Como el Órgano de Apelación notó en *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, la clasificación arancelaria de los productos es un criterio problemático cuando no está suficientemente detallado. Dado que el Sistema Armonizado solamente establece los seis primeros dígitos,

³ Véase Bradly J. Condon, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica*, Londres, Cameron May, 2007, pp. 331-332, 417. En estos dos acuerdos este término está definido, mientras que en el GATT y el Acuerdo OTC no lo está.

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón – Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de Noviembre de 1996, página 21.

⁵ Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil (Indonesia – Autos)*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 14.141.

⁶ 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 102.

⁷ *Ibid.*, párrafo 103.

cada gobierno tiene el criterio de determinar una clasificación del producto más detallada. Además, el Sistema Armonizado no se diseñó para resolver la cuestión de si los productos son similares de acuerdo al GATT.⁸ Sin embargo, si el Sistema Armonizado no puede aplicarse directamente para decidir la similitud de productos, es útil para apoyar la decisión de la similitud basado en otros criterios.

Un tema fundamental en el caso de medidas enfocadas en el impacto ambiental de productos es si los PMP pueden usarse para determinar la similitud. Algunos argumentan que, dado que los efectos del amianto fueron relevantes para determinar la similitud en *CE – Amianto* (bajo el primer y tercer criterio), los efectos ambientales en el proceso de producción son relevantes para determinar la similitud. Por ejemplo, Howse argumenta que el fallo del Órgano de Apelación en *CE – Amianto* apoya el punto de vista de que los PMP no discriminatorios son consistentes con el artículo III:4 del GATT, basado en la consideración de las preferencias del consumidor.⁹ La misma evidencia puede considerarse bajo los artículos III y XX, para propósitos diferentes, según el Órgano de Apelación en *CE – Amianto*. Bajo el artículo III:4, la evidencia relacionada con los riesgos a la salud puede ser relevante en evaluar la relación de competitividad en el mercado entre los supuestos productos “similares”. La misma evidencia, o similar, sirve bajo el artículo XX(b) para evaluar si un Miembro tiene suficiente fundamento para adoptar una medida inconsistente con el GATT con base en la salud humana.¹⁰

Sin embargo, las medidas en cuestión en *CE – Amianto* pueden distinguirse de medidas enfocadas en el impacto ambiental en el proceso de producción de un producto porque los efectos del amianto están relacionados al producto como tal, no a su método de producción. Asimismo, el argumento principal para no tener en cuenta los PMPs para determinar la similitud es que la similitud debe estar basada en las características del producto como tal. En *EU – Atún (México)*, el panel del GATT sostuvo que el término “productos similares” no aplica a los procesos de producción, sino a los productos como tales. Por lo tanto, no se permite una diferenciación entre productos basados en procesos de producción que no tienen efecto alguno en la calidad del mismo producto.¹¹ Debido a que el informe del GATT, *EU – Atún (México)* no fue adoptado, éste no tiene un valor normativo. Sin embargo, un grupo especial puede encontrarlo útil en la orientación de su razonamiento.¹²

No obstante, sería apropiado determinar si los PMP son pertinentes para determinar la similitud, basada en la evidencia presentada en cada caso. Si un PMP determina la relación competitiva entre dos productos en un caso en particular, el PMP debe tenerse en cuenta

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, página 25.

⁹ Robert Howse, “The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate”, *Colorado Journal of Environmental Law*, 27:491, 2002, p. 515.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 115.

¹¹ Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún (Estados Unidos – Atún (México))*, DS21/R, 3 de septiembre de 1991, no adoptado, BISD 39S/155, página 41. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelanda y Australia (Estados Unidos – Cordero)*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán (Estados Unidos – Hilados de algodón)*, WT/DS192/AB/R, 5 de noviembre de 2001; Marceau, Gabrielle y Trachtman, Joel, “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade”, *Journal of World Trade*, 36:811, 2002, p. 857-858.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, páginas 14-15.

para determinar si los productos son similares.¹³ Este enfoque sería consistente con el propósito del análisis de productos similares, de determinar si la evidencia indica que los productos implicados son – o podrían estar – en una relación competitiva en el mercado.¹⁴ Igualmente, la relación competitiva entre productos no es estática, sino evoluciona a través del tiempo.¹⁵ Así, un factor que no puede ser considerado relevante sobre este tema ahora podría ser relevante en el futuro.

El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)* consideró un PMP que no afecta al producto como tal.¹⁶ La *Dolphin Protection Consumer Information Act* (DPCIA) regulaba el uso del etiquetado *dolphin-safe* estadounidense. México alegó que esta medida era inconsistente con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Esta disposición dispone que, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros, se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. El Grupo Especial señaló que el término “productos similares” no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 “es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos”, era pertinente para interpretar el artículo 2.1.¹⁷ Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT: (1) las propiedades físicas; (2) los usos finales; (3) los hábitos y preferencias de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria.¹⁸ Los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos.¹⁹ Además, los productos eran idénticos bajo los demás tres criterios. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares.

El papel de las preferencias de los consumidores en la determinación de la similitud es uno de los aspectos más interesantes de este caso. Sobre esta cuestión, vale la pena citar textualmente al Grupo Especial:

La información presentada al Grupo Especial efectivamente indica que los consumidores de los Estados Unidos tienen determinadas preferencias con respecto a los productos de atún, basadas en que sean o no inocuos para los delfines, y no excluimos que esas preferencias puedan ser pertinentes para la evaluación de

¹³ Para una opinión opuesta, véase Patrick Low, Gabrielle Marceau y Julia Reinaud, “*The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues*”, WTO Staff Working Paper ERSD-2011-1, 12 de enero de 2011, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201101_e.pdf, página 2.

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 103.

¹⁵ Agradezco a Deborah Elms por esta perspectiva. Un ejemplo es la relación competitiva entre teléfonos celulares y cámaras, que ha cambiado conforme la tecnología ha evolucionado.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México))*, WT/DS381/R. El 20 de enero de 2012 el informe del Grupo Especial fue apelado tanto por los EE.UU. como por México.

¹⁷ *Ibid*, párrafos 7.223-7.224.

¹⁸ *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.

¹⁹ *Ibid*, párrafo 7.250.

la similitud. En la medida en que las preferencias del consumidor, incluidas las preferencias sobre la forma en que se ha obtenido el producto, pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos, consideramos que *a priori* es pertinente tenerlas en cuenta en la evaluación de la similitud. Sin embargo, no estamos convencidos de que, en las circunstancias de este asunto, la consideración de las preferencias de los consumidores de los Estados Unidos relativas a la inocuidad de los productos de atún con respecto a los delfines nos deba llevar a modificar nuestra conclusión con respecto a la similitud de los productos de atún estadounidenses y mexicanos y los productos de atún originarios de cualquier otro país.²⁰

En este caso, había evidencia sobre las preferencias del consumidor relativas a los PMP que no afectan al producto como tal. Mientras este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre la similitud de los productos, el Grupo Especial reconoció que los PMP pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos. Como se mencionó arriba, el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos. Fue por esta razón, y no el impacto de las preferencias en la relación de competencia, que este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre similitud.

En el asunto *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación consideró que, en los casos en que los productos son físicamente diferentes, es aun más importante aducir pruebas bajo los demás criterios de que existe una relación de competencia para demostrar que los productos son similares.²¹ La misma lógica puede aplicarse al revés. En los casos en que los productos son físicamente idénticos, debe ser posible aducir pruebas bajo los demás criterios de que no existe una relación de competencia para demostrar que los productos no son similares. En *Estados Unidos – Atún II (México)*, las preferencias del consumidor determinaron la relación de competencia entre dos productos—atún inocuo para delfines y atún no inocuo para delfines—no sus características físicas ni su uso final. Por lo tanto, estos dos productos no se deben considerar como productos similares. La falta de evidencia sobre la inocuidad del atún proveniente de distintos Miembros es una cuestión distinta, aunque determinante en este caso.

Si el fin del análisis de la similitud de los productos es determinar la relación de competencia en un mercado determinado, y la inocuidad del producto determina si puede competir en el mercado o no, sería razonable esperar que este criterio pudiera ser determinante, a pesar de la similitud de los productos bajo los otros tres criterios. En tal situación, las preferencias del consumidor relativas a los PMP, que no afectan al producto como tal, podrían ser determinantes. Entonces, esto podría servir como base para determinar que tales etiquetados ambientales son consistentes con el trato nacional y la nación más favorecida en el derecho de la OMC. También podría ser relevante para el análisis de la similitud de productos bajo el Acuerdo SMC.

El informe del Grupo Especial el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* apoya, aunque de manera indirecta, que el impacto ambiental de un producto es pertinente en el análisis de la similitud.²² El Grupo Especial consideró que, en el análisis de la similitud de productos en el contexto del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, un reglamento técnico que tiene un objetivo de salud pública legítimo no debe abordarse principalmente

²⁰ *Ibid*, párrafo 7.249.

²¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 118.

²² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor)*, WT/DS406/R, adoptado el 2 de septiembre de 2011.

desde la perspectiva de la competencia. Más bien, la ponderación de las pruebas relativas a los criterios de similitud debe prestar especial atención a la importancia del objetivo de salud pública. La manera en que determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de ellos, han de evaluarse a la luz de ese objetivo.²³ Para apoyar su interpretación, el Grupo Especial notó que el preámbulo del Acuerdo OTC dispone que los Miembros “reconoc[en] que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias ... para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente...a los niveles que considere apropiados...”.²⁴ Este razonamiento sería aplicable a una medida ambiental también, por la referencia en el preámbulo a la protección del medio ambiente.

En el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, el impacto sobre la salud venía del producto como tal, y no de los PMP. Sin embargo, si consideramos juntos los informes de los grupos especiales en *Estados Unidos – Atún II (México)* y *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, apoyan la idea de que los PMP que no afectan al producto como tal podrían ser un criterio determinante en el análisis de la similitud de los productos.

En los informes recientes sobre el Acuerdo OTC, los grupos especiales tuvieron en cuenta la jurisprudencia del GATT sobre el término “productos similares” para interpretar este mismo término en el Acuerdo OTC, teniendo en cuenta el contexto distinto. Esta jurisprudencia sobre el término “productos similares” para interpretar este mismo término en el Acuerdo OTC debe ser pertinente para interpretar este mismo término en el GATT y en otros acuerdos abarcados que utilizan este término, como el Acuerdo SMC, mientras se tiene en cuenta el contexto de cada acuerdo. Aquí hay un buen ejemplo de la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

III. Artículo XX del GATT

Los párrafos b y g en el artículo XX del GATT juegan un papel fundamental en la determinación del tipo de medidas que pueden ser utilizadas para la protección ambiental. Además, el análisis bajo la cláusula introductoria del artículo XX determinará como estas medidas deben de ser aplicadas.

El artículo XX(g) aplica a medidas “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”. Esta frase implica cuatro cuestiones principales. (1) ¿Las medidas ambientales están enfocadas en conservar un “recurso natural agotable”? (2) Si un nexo jurídico se requiere entre un Miembro que promulga una medida y la agotabilidad de un recurso natural, ¿existe un nexo suficiente entre el miembro de la OMC el recurso natural agotable? (3) ¿Como debería determinar un grupo especial si una medida específica está relacionada a la conservación? (4) ¿Las medidas se “aplican conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales”?

²³ *Ibid*, párrafo 7.119.

²⁴ *Ibid*, párrafos 7.113-7.114.

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación interpretó el término "recursos naturales agotables" para abarcar tanto recursos naturales vivos como no vivos.²⁵ El Órgano de Apelación y los paneles del GATT han constatado que los siguientes son recursos naturales agotables: aire limpio;²⁶ tortugas marinas migratorias;²⁷ salmón y arenque;²⁸ atún;²⁹ y delfines.³⁰ En *Estados Unidos – Camarones*, debido a que las tortugas marinas migratorias estaban listados bajo CITES como especies en peligro de extinción, el Órgano de Apelación sostuvo que estos últimos son recursos naturales agotables. Los acuerdos ambientales multilaterales pueden tomarse en cuenta para determinar si un recurso en particular es un recurso natural agotable. El siguiente fragmento en *Estados Unidos – Camarones* apoya esta opinión:

Los términos del párrafo g) del artículo XX, "recursos naturales agotables", fueron acuñados realmente hace más de 50 años. El intérprete de tratados debe leerlos a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano. Aunque el artículo XX no fue modificado en la Ronda Uruguay, el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC revela que los firmantes de ese Acuerdo eran plenamente conscientes en 1994 de la importancia y legitimidad de la protección del medio ambiente como objetivo de la política nacional e internacional. El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC...reconoce explícitamente "el objetivo de un desarrollo sostenible"....Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, advertimos que el término genérico "recursos naturales" del párrafo g) del artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino más bien "por definición, evolutivo". Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos.³¹

En *Estados Unidos – Camarones*, la referencia al objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC influyó en la interpretación del artículo XX del GATT. El preámbulo es contexto pertinente para la interpretación de acuerdo con el artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, lo cual aplica a la interpretación de los acuerdos abarcados de la OMC.³² Sin embargo, no queda muy claro hasta qué punto esta referencia va a influir en la interpretación en otros casos.³³

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación declaró que existía un nexo jurídico suficiente entre las tortugas marinas migratorias y los Estados Unidos, ya que éstas pasan parte de su ciclo de vida migratorio en aguas estadounidenses, sin resolver si existe

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (Estados Unidos – Camarones)*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 128-131.

²⁶ Informe del Órgano de apelación, *Estados Unidos – Pautas párrafo la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos – Gasolina)*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

²⁸ Informe del Panel del GATT, *Canadá – Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar (Canadá – Arenque y salmón)*, L/6268 - 35S/98, adoptado el 22 de marzo de 1988.

²⁹ Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá (Estados Unidos – Atún (Canadá))*, L/5198 - 29S/91, adoptado el 22 de febrero de 1982.

³⁰ Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (México)*.

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 129-130.

³² Véase Condon, Bradly, *op. cit.* nota 3, p. 45.

³³ Sobre esta cuestión, véase Condon, Bradly, *op. cit.* nota 1, pp. 22, 25, 80, 117, 277, y 290-291. Véase también Alberto do Amaral Júnior, *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente*, Sao Paulo, Editora Atlas, 2010, pp. 59-69.

un límite jurídico implícito en los términos del artículo XX(g). En los casos en los que los efectos de problemas ambientales son globales, debe de haber un nexo lo suficientemente jurídico entre todos los Miembros de la OMC y el tema en particular, como el agotamiento del ozono o el cambio climático.

El término “relativas a” ha sido interpretado como “enfocado principalmente a”, en lugar de “necesario o esencial”.³⁴ El término “relativas a” necesita un análisis de la relación entre las medidas y la política legítima de conservar los recursos naturales agotables. Esto requiere una relación cercana y genuina de fines y medios y un análisis de la relación entre la estructura general y el diseño de la medida y el objetivo de la política.³⁵ Los acuerdos ambientales multilaterales pueden servir como evidencia para mostrar que las medidas se relacionan con la conservación de recursos naturales agotables. Si la estructura y el diseño están basados en obligaciones específicas en un acuerdo multilateral ambiental, sería más probable que cumpliera con los requerimientos del párrafo g. Mientras que esto no es esencial, estas obligaciones específicas proveen evidencia de que la medida esté vinculada con la conservación o la protección del medio ambiente.

El artículo XX(g) también requiere que las medidas de conservación “se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales”. En *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación interpretó el término “se apliquen” como una medida gubernamental “operativa”, “en vigencia”, o “entrado en vigor”. La cláusula no establece una prueba de efectos empíricos para la disponibilidad de la excepción artículo XX(g). En su lugar, esta cláusula es un requerimiento de equilibrio en la imposición de restricciones, en nombre de la conservación, sobre la producción o consumo de recursos naturales agotables, pero no requiere un trato idéntico de los productos nacionales e importados.³⁶ No está claro si las diferencias en el trato de los productos, basados en su impacto ambiental, podrían cumplir este requerimiento sin justificar las diferencias en el trato con referencia a la evidencia de las razones por el trato diferente, tal como la evidencia científica comparando el impacto ambiental de diferentes productos.

El artículo XX(b) aplica a las medidas “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”. Este párrafo requiere que el objetivo de la política en curso esté dentro del rango de políticas diseñadas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. En *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Grupo Especial aceptó que las medidas estaban dirigidas a proteger el medio ambiente de Brasil y que esto estaba dentro del rango de políticas cubiertas por el artículo XX(b).

Una vez establecido que el objetivo de la política entra en la excepción, la cuestión es si la medida es “necesaria” para lograr el objetivo de la política. Este análisis toma lugar a la luz del nivel de riesgo que un Miembro escoge para sí mismo. Para demostrar que la medida es necesaria, hay que considerar y sopesar una serie de factores. Primero, entre más importantes sean los intereses o valores que la medida pretende proteger, lo más probable es que la medida sea necesaria. Segundo, mientras la medida contribuye más al fin perseguido, lo más probable es que la medida sea necesaria. Tercero, mientras menos impacte el comercio la medida impugnada, lo más probable es que la medida sea necesaria.

³⁴ Informe del Panel del GATT, *Canadá – Arenque y salmón*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, 20-21.

Cuarto, si hay razonablemente disponible una medida alternativa más consistente con la OMC que el Miembro podría usar, la medida no sería necesaria. La determinación del cuarto criterio informa el proceso de considerar y sopesar los primeros tres criterios.³⁷

No se cuestiona que la protección ambiental se consideraría un interés o valor importante en el artículo XX(b). En *Brasil – Neumáticos Recauchutados* el Grupo Especial concluyó que pocos intereses son más ‘vitales’ e ‘importantes’ que proteger a seres humanos de riesgos a la salud, y que proteger el medio ambiente no es menos importante.³⁸ El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo que la protección del medio ambiente es un valor importante. Sin embargo, el peso acordado al objetivo de la protección del medio ambiente puede ser menos al acordado al objetivo de protección de la salud o la vida humana, dada la caracterización del Órgano de Apelación del primero como “importante” (*Brasil – Neumáticos Recauchutados*) y el segundo como “tanto vital como importante en el grado más alto” (*CE – Amianto*).

Puede ser difícil medir en qué medida una medida ambiental contribuye al fin perseguido. Debe ser probable que la medida produzca una contribución material para el logro de su objetivo.³⁹ Una medida que solo crea una contribución marginal o insignificante al objetivo no es suficiente para considerarla necesaria.⁴⁰ No obstante, en *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Órgano de Apelación enfatizó la necesidad de considerar la medida en un contexto más amplio de una estrategia comprensiva para lidiar con un problema.⁴¹ También, el Órgano de Apelación estableció que la contribución de una medida ambiental restrictiva al comercio, aunque no sea visible inmediatamente, puede justificarse bajo el artículo XX(b):

Reconocemos que sólo es posible hacer frente a algunos problemas complejos ambientales o de salud pública con una política global que comprenda una pluralidad de medidas en interacción. A corto plazo, podría resultar difícil separar la contribución a los objetivos ambientales o de salud pública de una medida concreta de los imputables a las demás medidas que forman parte de la misma política global. Además, los resultados de determinadas acciones -por ejemplo de medidas adoptadas para atenuar el calentamiento global y el cambio climático, o de determinados actos preventivos encaminados a reducir la incidencia de enfermedades que sólo pueden manifestarse después de transcurrido un cierto período- sólo pueden evaluarse contando con el concurso del tiempo. Para justificar una prohibición de las importaciones en el marco del apartado b) del artículo XX, es necesario que el Grupo Especial esté convencido de que esa prohibición hace una contribución importante al logro de su objetivo. Naturalmente, esa demostración puede hacerse recurriendo a pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente, que establezcan que la prohibición de las importaciones en litigio contribuye de manera importante a la protección de los objetivos ambientales o de salud pública perseguidos. No obstante, no es éste el único tipo de demostración que puede establecer esa contribución. En consecuencia, un grupo especial puede llegar a la conclusión de

³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada (Corea – Carne vacuna)*, WT/DS161/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (Estados Unidos – Juegos de azar)*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005; Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos (República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos)*, WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005; e Informe del Órgano de Apelación, *Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados (Brasil – Neumáticos recauchutados)*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 179.

³⁹ *Ibid*, párrafo 151.

⁴⁰ *Ibid*, párrafo 150.

⁴¹ *Ibid*, párrafo 154.

que una prohibición de las importaciones es necesaria sobre la base de la demostración de que la prohibición de las importaciones en litigio es adecuada para hacer una contribución importante al logro de su objetivo. Esa demostración puede consistir en proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes.⁴²

En *China – Materias primas*, el Grupo Especial tuvo que enfrentar argumentos de China basados en esta decisión del Órgano de Apelación.⁴³ China argumentó que está decisión del Órgano de Apelación sugiere que, a efectos del artículo XX(b), la "contribución" de las restricciones comerciales debe evaluarse tanto actualmente como en el futuro.⁴⁴ Los reclamantes alegaron que el verdadero objetivo de China para mantener las restricciones a la exportación no es reducir la contaminación causada por la extracción de productos EPR, sino asegurarse de que los usuarios nacionales tengan acceso preferencial a las materias primas en detrimento de sus contrapartes extranjeras.⁴⁵

El Grupo Especial consideró que, en las ramas de producción donde los vínculos verticales son importantes, el criterio para determinar la contribución importante al objetivo declarado debe integrar las políticas que pueden contrarrestar el supuesto efecto de la política en vigor. La combinación de dos o más políticas podría anular el efecto de cada una en la contaminación, contribuyendo únicamente al logro de otros objetivos (como el desarrollo del sector de transformación). Las restricciones a la exportación de minerales de manganeso (utilizados como insumo en la producción primaria de manganeso metal) reducían el precio interior de los minerales en China y constituía un incentivo para producir metales. Por consiguiente, las restricciones a la exportación de minerales podrían contrarrestar los efectos de reducción de la producción de las restricciones a la exportación de metales y, en consecuencia, sus presuntos efectos positivos sobre el medio ambiente. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que las restricciones a la exportación de productos *actualmente* no contribuían de manera importante al objetivo perseguido.⁴⁶

China argumentó que sus medidas eran adecuadas como contribución importante al objetivo declarado en el futuro. A medio plazo, el "efecto de selección" obligaría a los productores a esforzarse para ser más eficientes en función de los costos. Este argumento no convenció al Grupo Especial. China también argumentó que las restricciones a la exportación eran adecuadas como contribución importante a largo plazo, porque "ayudarán a China, como país en desarrollo, a alcanzar sus objetivos ambientales a largo plazo facilitando el crecimiento económico de China, lo cual, a su vez, contribuye mucho a la protección del medio ambiente".⁴⁷ Este segundo argumento estaba basado en las pruebas empíricas de la denominada "curva ambiental de Kuznets", una correlación empírica entre los ingresos per cápita y la degradación del medio ambiente.⁴⁸ El Grupo Especial concluyó que, aunque el crecimiento hace estadísticamente más probable la protección del medio ambiente, esto no demuestra que las restricciones a la exportación sean necesarias para conseguir beneficios ambientales.⁴⁹

⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

⁴³ Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafo 7.470-7.471.

⁴⁴ *Ibid*, párrafo 7.518.

⁴⁵ *Ibid*, párrafo 7.522.

⁴⁶ *Ibid*, párrafos 7.536-7.538.

⁴⁷ *Ibid*, párrafos 7.540-7.541.

⁴⁸ *Ibid*, párrafo 7.551.

⁴⁹ *Ibid*, párrafo 7.553.

En lo que respecta al impacto comercial de las medidas en cuestión, si una estrategia regulatoria comprensiva es relevante para la medida en que haya una contribución, entonces se debería examinar en evaluar el impacto de las medidas comerciales restrictivas. En este caso, el impacto acumulativo de una serie de medidas ambientales puede en su conjunto tener efectos más restrictivos que una medida considerada en aislamiento.

La misma cuestión surge en relación con el asunto sobre si las medidas alternativas alcanzarían los mismos objetivos que la medida en cuestión. Si la medida en cuestión es parte de una estrategia regulatoria comprensiva y el efecto de la medida no puede ser relevada en un futuro cercano, esto sería un punto difícil de argumentar. El Miembro defendiendo la medida puede sugerir por qué las medidas alternativas no pueden alcanzar el mismo objetivo que la medida en cuestión, pero no está bajo ninguna obligación para establecer esto, en primera instancia, para probar que la medida es “necesaria”. Si el demandante propone una medida alternativa más consistente con la OMC que, desde su punto de vista, el demandado debió tomar, este mismo deberá demostrar por qué su medida cuestionada sigue siendo “necesaria” a la luz de una alternativa o, en otras palabras, por qué la alternativa propuesta no es, de hecho, “razonablemente disponible”. Si el demandado demuestra que la alternativa no es “razonablemente disponible”, a la luz de los intereses o valores que se buscan y el nivel de protección deseado, por consiguiente la medida debe ser “necesaria”.⁵⁰ ¿Deberían considerarse las alternativas a la luz de las normas internacionales relevantes, como en los acuerdos multilaterales ambientales? Deberían las medidas alternativas ser medidas que el demandado pueda él solo implementar, en lugar de las medidas que están fuera de su control o que requieren consultas o negociaciones con otros países?⁵¹ ¿Qué tipo de evidencia científica se requerirá?⁵²

El objetivo de la cláusula introductoria es prevenir el abuso de las excepciones en el artículo XX. La cláusula introductoria expresa el reconocimiento por parte de los miembros de la OMC de la necesidad de mantener un balance entre el derecho de un Miembro a solicitar una excepción por un lado, y los derechos substantivos de otro Miembro por otro lado.⁵³

La cláusula introductoria del artículo XX requiere que una medida que se ha justificado provisionalmente bajo uno de los párrafos del artículo XX no se aplique de la manera que constituya: (1) discriminación arbitraria entre países donde prevalecen la mismas condiciones; (2) discriminación injustificable entre países donde prevalecen las mismas condiciones; ó (3) una restricción encubierta al comercio internacional. El demandado tiene la carga de la prueba para mostrar que la aplicación de la medida cumple con los requisitos de la cláusula introductoria. Para que la medida pase el examen de la cláusula introductoria, el demandado debe probar que los tres requerimientos se cumplen. Para que la medida repruebe el examen de la cláusula introductoria, el demandante solo necesita mostrar que alguno de los tres requerimientos no se cumple.

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafos 310-311.

⁵¹ *Ibid*, párrafo 316-318.

⁵² El Órgano de Apelación ha declarado lo siguiente al respecto: ‘al justificar una medida bajo el artículo XX(b) del GATT de 1994, un Miembro también puede contar, en la buena voluntad, en medios científicos que en ese momento, puede representar una opinión divergente, pero calificada y respetada.’ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 178, citando el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas) (CE – Hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 194.

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

Existen tres elementos en el análisis de la cláusula introductoria sobre si la medida se aplica de una manera que constituye “discriminación arbitraria o injustificable entre países donde prevalecen las mismas condiciones”: (1) la aplicación de la medida resulta en discriminación; (2) la discriminación es arbitraria o injustificable; y (3) la discriminación ocurre entre países donde prevalecen las mismas condiciones (entre países exportadores diferentes o entre países exportadores y países importadores). La cláusula introductoria también se refiere a las restricciones encubiertas al comercio internacional. La jurisprudencia tiende a concluir que la evidencia que apoya una constatación de discriminación arbitraria o injustificable también apoya una constatación de la existencia de restricciones encubiertas al comercio internacional.⁵⁴

En *Estados Unidos – Gasolina y Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación identificó dos criterios principales para determinar si la discriminación era arbitraria o injustificable: (1) un esfuerzo serio de negociar para lograr el objetivo de la política de la medida en cuestión; y (2) la flexibilidad de la medida (por ejemplo, tomando en cuenta la situación que prevalece en otros países). Con respecto al segundo criterio, en *Estados Unidos – Camarones (art. 21.5)*, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que condicionar el acceso al mercado sobre la adopción de un programa *comparable en efectividad*, permite la suficiente flexibilidad en la aplicación de la medida para evitar la discriminación arbitraria o injustificable.⁵⁵

En *Estados Unidos – Camarones*, el Órgano de Apelación notó que las regulaciones estadounidenses eran arbitrarias e injustificables porque Estados Unidos: (1) requería que los Miembros de la OMC adoptasen “esencialmente la misma política” como la aplicada en los Estados Unidos sin tomar en cuenta otras políticas y medidas que un país hubiera adoptado que pudieran tener un efecto comparable sobre la conservación de la tortuga marina; (2) aplicó el mismo matiz sin tomar en consideración si esto sería apropiado para las condiciones que prevalecen en otros países; (3) no entabló unas negociaciones serias, y a todos los niveles, con el objetivo de concluir acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección y conservación de las tortugas marinas, antes de imponer la prohibición a la importación; y (4) no proveyó el debido proceso en la negación de la certificación comparado a los que se les otorgó la certificación.⁵⁶ Sin embargo, la cláusula introductoria no requiere que un Miembro tenga éxito en sus esfuerzos por negociar una solución multilateral a un problema ambiental transnacional.⁵⁷

En *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Órgano de Apelación sostuvo que existe una discriminación arbitraria o injustificable cuando una medida provisional justificable bajo el párrafo del artículo XX se aplica de forma discriminatoria entre países donde prevalecen las mismas condiciones, y cuando las razones dadas para esta discriminación no tienen ninguna conexión racional en el objetivo dentro del ámbito del párrafo del artículo XX, o van en contra de ese objetivo.⁵⁸ El requisito de que las razones para la discriminación se relacionen con el objetivo de un párrafo en particular del artículo XX podría explicar la divergencia en la jurisprudencia de la OMC sobre si la cláusula introductoria requiere negociar antes de

⁵⁴ Ver Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, 23, Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.319e Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 239.

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Art. 21.5)*, párrafo 144.

⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 163-166, 181.

⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Art. 21.5)*.

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 227.

emplear restricciones comerciales dirigidas a cuestiones ambientales. En dos casos de la OMC bajo el párrafo g, el Órgano de Apelación sostuvo que no negociar llevaría a un incumplimiento con los requerimientos no discriminatorios de la cláusula introductoria.⁵⁹ En *Estados Unidos – Camarones*, no estaba claro si la obligación a negociar se basó en los documentos multilaterales ambientales que expresaban una preferencia por soluciones multilaterales a problemas ambientales transfronterizos o globales o si esto se basó en el hecho de que los Estados Unidos habían negociado con los países asiáticos y no habían negociado con los países americanos. En los casos del párrafo b, el Órgano de Apelación no ha encontrado ninguna obligación para negociar de forma que cumpla con requerimientos no discriminatorios de la cláusula introductoria.⁶⁰

La divergencia en la jurisprudencia puede ser explicada al argumentar que los párrafos b y g se aplican a diferentes temas.⁶¹ Esto puede explicar por qué en algunos casos el evitar la discriminación arbitraria o injustificable requiere un esfuerzo para negociar. La regla de interpretación efectiva de tratados requiere que los términos de un tratado se interpreten de manera que evite la redundancia. Esto sugiere que los párrafos b y g deben aplicarse a temas diferentes. Sin embargo, el párrafo g se ha aplicado a medidas dirigidas a la conservación de animales (tortugas migratorias,⁶² salmón,⁶³ arenque,⁶⁴ atún⁶⁵ y delfines⁶⁶) y el párrafo b también se ha aplicado a una medida dirigida a la protección de animales (changos en Brasil⁶⁷). La única diferencia obvia en estos animales es que los considerados bajo el párrafo g son migratorios, y por lo tanto una cuestión ambiental transfronteriza, mientras que los changos considerados en el párrafo b no son migratorios, y así es una cuestión ambiental nacional. Además, de las especies migratorias, una medida de aire limpio ha sido considerado bajo el párrafo g. Mientras que la cuestión del aire limpio era de los Estados Unidos, y por lo mismo nacional, el aire limpio es una cuestión ambiental transfronteriza. La contaminación del aire no respeta los límites nacionales.⁶⁸ Por lo tanto, la jurisprudencia apoya la opinión de que una diferencia entre los dos párrafos puede ser que el b esté dirigido a cuestiones nacionales y el g a cuestiones transfronterizas. Un análisis bajo los artículos 31, 32, y 33 de la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados apoya esta interpretación.

La objeción obvia a la noción que el párrafo (g) se dirige sólo a cuestiones transfronterizas es que éste parece excluir recursos naturales agotables que están contenidos dentro de las fronteras de un país, tal como los recursos minerales. La respuesta a esta

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina* e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*.

⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto* e Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar* (considerando una disposición comparable en el artículo XIV del AGCS).

⁶¹ Ver Condon, Bradley, “GATT Article XX and Proximity of Interest: Determining the Subject Matter of Paragraphs b and g”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 9:2, 2004, pp. 137-162.

⁶² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Art. 21.5)*.

⁶³ Informe del Panel del GATT, *Canadá – Arenque y salmón*.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (Canadá)*.

⁶⁶ Informe del Panel del GATT, *Estados Unidos – Atún (México)*.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.89-7.92.

⁶⁸ Los ejemplos incluyen incendios forestales de México causando la contaminación del aire en los Estados Unidos y la contaminación del aire causando la lluvia ácida en Canadá.

objeción no es obvia. Una posibilidad es considerar que los recursos minerales son recursos globales limitados, incluso cuando están contenidos dentro de las fronteras de un país.⁶⁹ Otra posibilidad es considerar los recursos nacionales bajo otras excepciones, tal como: el artículo XI:2 del GATT (a) (para restricciones temporales aplicadas para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para el Miembro exportador); el artículo XX (i) del GATT (para restricciones a la exportaciones de materiales nacionales necesarios para asegurar las cantidades esenciales de estos materiales a una industria nacional de procesamiento); el artículo XX (j) del GATT (para medidas esenciales de la adquisición o distribución de productos en general o una pequeña oferta local); o el artículo XXI del GATT (para medidas necesarias para la protección de los intereses de seguridad esenciales de un Miembro).⁷⁰

El informe del Grupo Especial en *China – Materias primas* interpretó el artículo XI:2(a) a la luz del artículo XX(g). Según el Grupo Especial, estas disposiciones deben interpretarse armoniosamente para no hacer una interpretación que permitiría a los Miembros recurrir indistintamente al artículo XI:2(a) o al artículo XX(g) para tratar el problema de un recurso natural agotable. Observó que el artículo XX(g), en virtud de la parte introductoria del artículo XX, incorpora protecciones adicionales para velar porque la aplicación de una medida no dé lugar a una discriminación arbitraria o injustificable o represente una restricción encubierta al comercio internacional. El artículo XI:2(a) no impone limitaciones similares. La falta de esas salvaguardias en el artículo XI:2(a) respaldó su opinión de que una restricción o prohibición aplicada al amparo de éste tiene que ser de duración limitada, y no indefinida.⁷¹ Además, consideró que el artículo XI:2(a) sólo permite aplicar restricciones o prohibiciones por un tiempo limitado para hacer frente a una "escasez aguda" de "productos esenciales".⁷² Esta interpretación indica que el artículo XI:2(a) no puede servir como sustituto al artículo XX(g) para los recursos naturales nacionales.

Los diferentes límites en los párrafos b y g también sugieren que estos se apliquen de diferentes maneras. La jurisprudencia de la OMC indica que el término "necesario" impone un límite más alto que el término "relativo a". Al mismo tiempo, la jurisprudencia de la OMC ha indicado que no hay un interés o valor más importante que la salud y vida humana.⁷³ Sería un resultado anormal imponer límites más altos para las medidas que estén enfocadas a preservar la salud y vida humana que las que conservan recursos naturales agotables.⁷⁴ Una solución a esta interrogante es que la jurisprudencia de la OMC debe evolucionar a un punto en el que los límites converjan.⁷⁵ Si uno considera que el evitar la discriminación arbitraria o injustificable requiere que los Miembros de la OMC busquen soluciones multilaterales para la conservación de recursos transfronterizos, mientras que estos requerimientos no existen para medidas que están dirigidas a la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, el análisis de la

⁶⁹ Agradezco a David Morgan por esta idea.

⁷⁰ Agradezco de nuevo a David Morgan por ayudarme en este punto.

⁷¹ Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, párrafos 7.257-7.258.

⁷² *Ibid*, párrafo 7.260.

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 172.

⁷⁴ Otra posible razón para un límite más estricto en el párrafo b es que la causa de proteger la vida humana, animal o vegetal o la salud puede ser violada más fácil por los Miembros porque es más subjetiva que la conservación de recursos naturales, que pueden estar determinados más objetivamente.

⁷⁵ Agradezco al Profesor Matsushita por esta idea.

cláusula introductoria eliminaría cualquier diferencia en los límites de los párrafos b y g. En otras palabras, el término “relativas a”, en combinación con una negociación requerida, pondría un límite más alto que el término “necesario” sin una negociación requerida.⁷⁶ También es inapropiado requerir cooperación internacional o negociaciones para tratar cuestiones de salud pública, dado que cada Miembro de la OMC tiene el derecho de determinar su nivel apropiado de protección de la salud⁷⁷ y esta cuestión está dentro de la jurisdicción de cada Miembro.⁷⁸

Otros párrafos que utilizan el término “necesario” son consistentes con la idea que este límite aplica a asuntos nacionales. El artículo XX(a) del GATT aplica este término a “moral pública” y el artículo XIV(a) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) a “moral pública” y “orden público”. Dada que los parámetros para la moral pública varían de un país a otro (e incluso entre comunidades dentro del mismo país), es razonable concluir que estos párrafos aplican a cuestiones nacionales. Asimismo, el orden público es una cuestión nacional. El artículo XX(d) y el artículo XIV(c) del AGCS aplican el término “necesarias” a medidas para asegurar el cumplimiento con las leyes o regulaciones. El Órgano de Apelación sostuvo que el término “leyes o regulaciones” en el artículo XX(d) del GATT se refiere a leyes o regulaciones nacionales.⁷⁹ El artículo XIV(b) del AGCS aplica al mismo asunto que el artículo XX(b) del GATT.

Si el artículo XX(b) no aplica a asuntos ambientales transnacionales o globales, las medidas dirigidas a tratar estos asuntos no se encuentran dentro del rango de políticas cubiertas por el artículo XX(b), a menos que se pudiera demostrar que las medidas también estén dirigidas a asuntos ambientales nacionales o de salud. Es posible que se aplique más de un párrafo en el artículo XX a diferentes aspectos de la misma medida.⁸⁰ Por lo tanto, algunas medidas ambientales pueden caracterizarse por estar dirigidas a cuestiones transnacionales y nacionales, permitiendo que se apliquen los dos párrafos. Esta cuestión de si la medida está dirigida a problemas nacionales o transnacionales es una pregunta de hecho. El alcance de los párrafos b y g es una pregunta de derecho.

Ahora que hemos analizado las interpretaciones judiciales del término “productos similares” y del artículo XX del GATT, analizaremos cómo esta jurisprudencia ha influido en la interpretación de disposiciones parecidas en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF y cómo podría influir en la interpretación del Acuerdo SMC.

⁷⁶ En el contexto del artículo XIV (a) del AGCS, el Órgano de Apelación estuvo en desacuerdo con el Grupo Especial sobre su conclusión de que el término ‘necesario’ implique un requerimiento de negociación. Ver el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos –Juegos de azar*, párrafos 308, 317 y 321. No obstante, las circunstancias en las que puede haber un requerimiento de negociación en el artículo XX del GATT o el artículo XIV del AGCS no ha sido resuelto en la jurisprudencia de la OMC.

⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 167-168.

⁷⁸ En efecto, limitando el objeto del párrafo (b) a preocupaciones nacionales resuelve la pregunta sobre si la limitación jurisdiccional es implícita en los párrafos (b) y (g).

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas (México – Impuestos sobre los refrescos)*, WT/DS308/AB/R, adoptado el 24 de marzo de 2006, párrafo 69.

⁸⁰ En el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen párrafo la importación, venta y distribución de bananos (CE – Banano III)*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 221, el Órgano de Apelación dictó que el GATT y el AGCS pueden aplicar diferentes aspectos a la misma medida.

IV. Obstáculos Técnicos al Comercio

El Acuerdo OTC entra en juego con respecto a algunas medidas ambientales. Cuando un Miembro alega que la medida viola tanto el Acuerdo OTC y el GATT de 1994, las alegaciones bajo aquél se examinan primero.⁸¹ El preámbulo del Acuerdo OTC estipula que se pretende “promover la realización de los objetivos del GATT de 1994”. Mientras que el Órgano de Apelación ha indicado que el Acuerdo OTC “lo hace a través de un régimen especializado que aplica solamente a una clase limitada de medidas”,⁸² la jurisprudencia también indica que los dos acuerdos aplican acumulativamente.⁸³ Marceau y Trachtman argumentan que la conformidad con los requerimientos más rigurosos del Acuerdo OTC deben crear una presunción de conformidad con el GATT. En particular, una regulación técnica que cumple con los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo OTC podría ser compatible con los artículos I, III y XX del GATT. Sin embargo, una medida puede ser justificable bajo el artículo XX del GATT y no cumplir con los requisitos del Acuerdo OTC.⁸⁴

La determinación de si una medida es un “reglamento técnico” es una cuestión preliminar para que sea aplicable el Acuerdo OTC.⁸⁵ El término “reglamento técnico” se define en el Anexo 1.1 del Acuerdo OTC como un documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

Según el Órgano de Apelación, un documento debe cumplir tres criterios para quedar comprendido en la definición de “reglamento técnico”. Primero, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable. No obstante, el producto o grupo de productos identificable no tiene que estar expresamente identificado en el documento. Segundo, el documento debe establecer una o más características del producto. Estas características del producto pueden ser intrínsecas o pueden estar relacionadas con él. Las características se pueden prescribir o imponer de forma afirmativa o negativa. Tercero, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria.⁸⁶

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, la mayoría del Grupo Especial concluyó que una etiqueta basada en los PMP, que no afectan al producto como tal, era un reglamento técnico. Sin embargo, en este asunto el Grupo Especial estuvo dividido sobre la cuestión de si la etiqueta *dolphin safe* era obligatoria y, por lo tanto un reglamento técnico. Un panelista llegó a la conclusión de que no era obligatoria, porque el uso del etiquetado no era obligatorio para vender el producto en los Estados Unidos. Por lo tanto, no estuvo de acuerdo que las medidas en litigio exigían la observancia obligatoria de las características

⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas (CE – Sardinas)*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002.

⁸² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 80.

⁸³ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas (CE – Sardinas)*, WT/DS231/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párrafos 7.15-7.16; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 313; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 204.

⁸⁴ Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 873-874.

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 59. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 175.

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinas*, párrafo 176. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 66-70.

de un producto o los procesos y métodos de producción prescritos.⁸⁷ La mayoría del Grupo Especial concluyó que la observancia era obligatoria para poder usar el etiquetado y, por tanto, se cumplió el tercer criterio.⁸⁸ La mayoría consideró que este caso era similar a la situación en el asunto *CE – Sardinias*. En aquel asunto, un reglamento de las Comunidades Europeas (CE) sobre las “conservas de sardinias” establecía que las conservas contuvieran únicamente sardinias de una especie indicada (*Sardina pilchardus*), con exclusión de las demás especies (entre ellas, *Sardinops sagax*). Era jurídicamente posible vender *Sardinops sagax* en el mercado de las CE, siempre que no se vendieran bajo la denominación “conservas de sardinias”. El Órgano de Apelación concluyó que la observancia del reglamento era “obligatoria” y que dicho reglamento era un “reglamento técnico”.⁸⁹ La mayoría también cito el informe del Grupo Especial en *CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, donde había que cumplir con cierto requisito para usar una denominación y el Grupo Especial concluyó que era un requisito obligatorio. El Grupo Especial concluyó que estas resoluciones indican “que el mero hecho de que sea jurídicamente admisible que se ofrezca el producto en el mercado sin utilizar la denominación reglamentada por las medidas en litigio no impone la conclusión de que esas medidas no son “obligatorias” en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1, cuando las medidas efectivamente reglamentan de forma vinculante la utilización de la denominación”.⁹⁰

En virtud del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. Si la categorización de los productos está, de hecho, basada en su origen, esto debería ser suficiente para probar que los productos son similares, de conformidad con la jurisprudencia de la OMC bajo los artículos I:1, III:2 y III:4 del GATT.⁹¹

Como se mencionó arriba, en el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial señaló que el término “productos similares” no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 “es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos”, era pertinente para interpretar el artículo 2.1.⁹² Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.146-7.188.

⁸⁸ *Ibid*, párrafos 7.131-7.145.

⁸⁹ *Ibid*, párrafos 7.134-7.135.

⁹⁰ *Ibid*, párrafos 7.136-7.137.

⁹¹ **III:2:** Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados (Argentina – Pieles y cueros)*, WT/DS155/R, adoptado el 16 de febrero de 2001, párr. 11.168-11.170; Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, arriba n 31, párr. 14.113; Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan al sector del automóvil (India – Automóviles)*, adoptado el 5 de abril de 2002, párr. 7.174; **III:4:** Informe del Grupo Especial, *Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada (Corea – Carne Vacuna)*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párr. 627; **I:1:** Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas (Estados Unidos – Determinados productos procedentes de las CE)*, WT/DS165/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párr. 6.54.

⁹² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.223-7.224.

aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT.⁹³ Los productos que se había de comparar eran los productos de atún estadounidenses y los productos de atún mexicanos, así como los productos de atún originarios de cualquier otro país.⁹⁴ El Grupo Especial concluyó que: (1) las propiedades físicas son idénticas;⁹⁵ (2) tienen los mismos usos finales;⁹⁶ (3) los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos;⁹⁷ y (4) la clasificación arancelaria es idéntica.⁹⁸ Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares. También se mencionó arriba que el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* hizo un análisis parecido bajo estos criterios, pero considerando el impacto sobre la salud como más importante que la relación de competencia.⁹⁹

En virtud del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, 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 técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos. Estas listas de objetivos legítimos y elementos pertinentes para evaluar los riesgos no son exhaustivas.

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial determinó que la segunda frase del artículo 2.2 del Acuerdo OTC establece dos requisitos que deben cumplir los reglamentos técnicos para no constituir obstáculos innecesarios al comercio internacional: (1) deben tratar de alcanzar un objetivo legítimo; y (2) no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.¹⁰⁰ El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* también concluyó que la primera frase del artículo 2.2 no crea una obligación aparte y distinta de la que figura en la segunda.¹⁰¹

El Grupo Especial examinó la descripción de los objetivos de los Estados Unidos y de México, además de examinar la estructura y diseño de la medida.¹⁰² Concluyó que la medida tenía dos objetivos: (1) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que

⁹³ *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.

⁹⁴ *Ibid*, párrafo 7.233.

⁹⁵ *Ibid*, párrafo 7.243.

⁹⁶ *Ibid*, párrafo 7.244.

⁹⁷ *Ibid*, párrafo 7.250.

⁹⁸ *Ibid*, párrafo 7.245.

⁹⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*.

¹⁰⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.387.

¹⁰¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.330.

¹⁰² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.406.

cause efectos perjudiciales a los delfines; y (2) proteger a los delfines.¹⁰³ El artículo 2.2 del Acuerdo OTC proporciona una lista no exhaustiva de los objetivos legítimos de conformidad con esta disposición. Esta lista abarca la “prevención de prácticas que puedan inducir a error” y la “protección de...la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente”. El Grupo Especial concluyó que los objetivos del etiquetado *dolphin safe* estaban incluidos en el ámbito de esas dos categorías de objetivos legítimos.¹⁰⁴

El Grupo Especial señaló que, contrariamente a lo que ocurre en el caso del artículo XX del GATT o el artículo XIV del AGCS, en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC el aspecto de la medida que ha de justificarse como “necesario” es su grado de restricción del comercio y no la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo. Por lo tanto, el término “necesario” de la segunda frase del artículo 2.2 significa que la restricción del comercio debe ser “requerida” para alcanzar el objetivo. Observó que esta cuestión es distinta de la del nivel de protección que el miembro trata de lograr en relación con su objetivo. El preámbulo del Acuerdo OTC deja claro que un Miembro tiene derecho a adoptar medidas “a los niveles que considere apropiados” para alcanzar un objetivo legítimo. Entonces, la evaluación de si cualquier grado de restricción del comercio resultante de las medidas en litigio es “necesario” debe entenderse como una indagación de si ese grado de restricción del comercio es requerido para alcanzar los objetivos legítimos que persigue el Miembro al nivel de protección que ha elegido.¹⁰⁵ Por lo tanto, para determinar si una medida restringe el comercio más de lo necesario en el sentido del artículo 2.2, se debe evaluar la manera en que las medidas en litigio alcanzan sus objetivos y el grado en que lo hacen, teniendo en cuenta el nivel de protección elegido por el Miembro, y comparar esto con una posible medida alternativa que entrañe una menor restricción del comercio y que lograría los objetivos que se trata de alcanzar con el reglamento técnico al nivel de protección elegido por el Miembro. Entonces, una medida restringiría el comercio más de lo necesario si estuviera razonablemente disponible una medida alternativa menos restrictiva del comercio que permitiera alcanzar al mismo nivel el objetivo de la medida impugnada.¹⁰⁶

Además, el artículo 2.2 obliga al Grupo Especial tener en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros, la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa y los usos finales a que se destinen los productos. El Grupo Especial interpretó que este elemento del artículo 2.2 prescribe que considere tanto la probabilidad como la gravedad de los posibles riesgos (y cualesquiera consecuencias perjudiciales conexas) que podrían surgir en caso de que no se alcanzara el objetivo legítimo que se persigue. Por lo tanto, un medio alternativo de alcanzar el objetivo que entrañara mayores “riesgos de no alcanzarlo” no sería una alternativa válida, incluso si restringiera menos el comercio.¹⁰⁷

El artículo 2.2 del Acuerdo OTC prevé una obligación positiva, no una excepción.¹⁰⁸ Por lo tanto, el reclamante (México), tenía la carga de demostrar que las medidas restringen el comercio más de lo necesario, incluyendo la identificación de una alternativa razonablemente disponible que pueda lograr el objetivo perseguido por la medida

¹⁰³ *Ibid.*, párrafos 7.409-7.418.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrafo 7.437.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 7.460.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 7.465.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafos 7.466-7.467.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 7.458.

impugnada al mismo nivel que la medida impugnada, habida cuenta de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.¹⁰⁹ Dado que la medida de los Estados Unidos perseguía dos objetivos, el Grupo Especial analizó las alternativas para cada objetivo.

El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* concluyó que el análisis de necesidad en el artículo 2.2 no debe ser radicalmente distinto al análisis de la necesidad en el artículo XX(b) del GATT.¹¹⁰ Dividió su análisis en tres partes: (1) si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos; (2) si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes; y (3) si existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que representen una contribución equivalente al logro del objetivo que se persigue, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos.¹¹¹

En virtud del artículo 2.5, siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el artículo 2.2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio. En *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación se rehusó a leer en el artículo 3.2 del Acuerdo MSF una presunción opuesta que el no cumplir con normas internacionales lleva a una inferencia de no cumplimiento, así que las desviaciones de las normas internacionales no está prohibida.¹¹² Un acuerdo multilateral ambiental puede calificar como una norma internacional si la membresía está abierta a todos los miembros de la OMC. A diferencia del Acuerdo MSF, en el que los organismos internacionales de normas se han identificado de manera clara y exhaustible,¹¹³ las organizaciones o cuerpos que pueden desarrollar normas dentro de la definición del Anexo 1 del Acuerdo OTC no están identificadas. Sobre esta base, se puede argumentar que un acuerdo ambiental con una membresía cuasi universal puede desarrollar estándares internacionales que pueden estar dentro del alcance del Acuerdo OTC.¹¹⁴

En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial concluyó que la norma del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) constituye una norma internacional pertinente¹¹⁵. El Acuerdo OTC no define el término “norma internacional”. De acuerdo con el Anexo 1, como no hay una definición concreta de ese término, debe entenderse que la expresión “norma internacional” tiene en el Acuerdo OTC el mismo significado que en la Guía 2 de la ISO/CEI, que la define como una “[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización y puesta a disposición del público”. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que una “norma internacional” está integrada por tres elementos: (1) una norma; (2) adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización;

¹⁰⁹ *Ibid*, párrafo 7.468.

¹¹⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 7.358-7.361.

¹¹¹ *Ibid*, párrafos 7.370-7.432.

¹¹² Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 811–881, 842.

¹¹³ CODEX, OIE, IPPC – ver Acuerdo MSF, Anexo A.

¹¹⁴ Sobre esta cuestión, véase, *TBT Committee Decision on Principles for the development of international standards, guides and recommendations with relation to Article 2, 5 and Annex 3 of the Agreement*. Dicho documento puede ser informativo aunque su naturaleza es una Decisión del Comité OTC de la OMC (sección B del Anexo a la Parte I).

¹¹⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.663-7.707.

y (3) puesta a disposición del público.¹¹⁶ También concluyó que el término “norma” utilizado en la definición de “norma internacional” en la Guía 2 de la ISO/CEI debe interpretarse como se define en la propia Guía de la ISO/CEI: un “documento establecido por consenso y aprobado por una institución reconocida que prevea, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para las actividades o sus resultados, destinadas a lograr el grado óptimo de orden en un determinado contexto”.¹¹⁷ Concluyó que la definición de *dolphin safe* en la Resolución del APICD sobre el seguimiento y verificación del atún a que se hace referencia en la Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin Safe* prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características en relación con la pesca de atún y los productos de atún. Por ende, constituye una “norma” a los fines del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.¹¹⁸ Hay un fuerte vínculo institucional entre el APICD y la Comisión Internacional de Atún Tropical (CIAT), porque todos los Estados partes en el APICD son miembros de la CIAT (con excepción de Honduras). De preferencia, hacen las reuniones anuales de ambos juntos. Por tanto, el Grupo Especial concluyó que las partes en el APICD, cuando actúan dentro del marco institucional de la CIAT, constituyen una “organización” a los fines de la aplicación del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.¹¹⁹ También concluyó que el APICD tiene “actividades reconocidas en el ámbito de la normalización” y por consiguiente constituye un “organismo con actividades de normalización”.¹²⁰ La participación en el APICD está abierta, sobre una base no discriminatoria, a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros de la OMC, de acuerdo con el principio de apertura descrito en la Decisión del Comité OTC. Por lo tanto, puede considerarse una “organización internacional con actividades de normalización” según la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI.¹²¹ Finalmente, la definición y la certificación *APICD dolphin safe* se ponen a disposición del público.¹²² Además, la definición y la certificación de atún *APICD dolphin safe* son “pertinentes” para la medida estadounidense.¹²³

En virtud del artículo 2.4 del Acuerdo OTC, cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

El artículo 2.4 se aplica a los reglamentos técnicos que existían antes del 1 enero de 1995, además de la elaboración y adopción de los reglamentos técnicos después de esa fecha.¹²⁴ Con arreglo al artículo 2.4 del Acuerdo OTC, los Miembros pueden apartarse de una norma internacional pertinente en caso de que sea “un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos” por ese Miembro por medio del reglamento técnico. No existe una relación “regla general-excepción” entre la primera y la

¹¹⁶ *Ibid*, párrafos 7.663-7.664.

¹¹⁷ *Ibid*, párrafos 7.670-7.672.

¹¹⁸ *Ibid*, párrafo 7.677.

¹¹⁹ *Ibid*, párrafo 7.684.

¹²⁰ *Ibid*, párrafo 7.687.

¹²¹ *Ibid*, párrafos 7.691-7.692.

¹²² *Ibid*, párrafo 7.695.

¹²³ *Ibid*, párrafo 7.702.

¹²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 205-208 y 215.

segunda parte del artículo 2.4. Por lo tanto recae en el Miembro reclamante que solicita una resolución sobre la incompatibilidad de un reglamento técnico con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC la carga de probar su alegación. Esa carga comprende la necesidad de acreditar que una norma internacional pertinente no se ha utilizado “como base del reglamento técnico, así como acreditar que la norma internacional pertinente es un medio eficaz y apropiado para alcanzar los “objetivos legítimos” que persigue el reglamento técnico”.¹²⁵ No se requiere consenso para que una norma adoptada por la comunidad internacional de normalización sea una “norma internacional pertinente”.¹²⁶

Como se notó arriba, en el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el Grupo Especial concluyó que la norma del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) constituye una norma internacional pertinente¹²⁷. Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que esa norma no era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos. El APICD sólo informaría a los interesados de que la expresión “*dolphin safe*” en su contexto se refiere a atún capturado en asociación con delfines, en lances en los que no hay mortalidad ni heridas graves de esos animales. En la medida en que esto no permitiría que los consumidores fueran informados del hecho de que hubo persecución de delfines en el contexto de la captura del atún en cuestión ni de la existencia de posibles consecuencias no observadas de esos lances, la etiqueta APICD no abordaría algunos de los efectos perjudiciales para los delfines que los Estados Unidos habían identificado como parte de sus objetivos. Por lo tanto, la norma del APICD, aplicada por sí sola, no sería un medio eficaz ni apropiado para lograr el objetivo de los Estados Unidos de garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.¹²⁸ Además, la etiqueta APICD, aisladamente, no aborda los efectos perjudiciales no observados derivados de la caza y el cercamiento reiterados de delfines y del lance reiterado de redes de cerco sobre ellos. En la medida en que la norma del APICD se ocupa de los lances sobre delfines y no de otras técnicas de pesca que también pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, tampoco sería un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos en ese ámbito.¹²⁹ Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que México no había demostrado que la norma *dolphin safe* del APICD sea un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país.¹³⁰

Es poco probable que el artículo XX del GATT pueda justificar directamente una violación del Acuerdo OTC. El texto del Acuerdo OTC ya incorpora lenguaje del párrafo b y de la cláusula introductoria del artículo XX. El sexto párrafo del preámbulo del acuerdo OTC usa los mismos términos que el artículo XX de la cláusula introductoria y párrafo XX(b). El lenguaje de la cláusula introductoria puede ser usado como contexto para interpretar la obligación en su primer frase del artículo 2.2 en que las regulaciones técnicas no se “apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional”. El preámbulo del Acuerdo OTC no contiene un lenguaje comparable a los términos usados en el artículo XX(g) del GATT. La

¹²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 274-275.

¹²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 222-223.

¹²⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.663-7.707.

¹²⁸ *Ibid*, párrafos 7.729-7.731.

¹²⁹ *Ibid*, párrafos 7.738-7.739.

¹³⁰ *Ibid*, párrafo 7.740.

incorporación de un lenguaje específico en el Acuerdo OTC, en lugar de incorporar disposiciones específicas del artículo XX del GATT, sugiere que este último no aplica al primero.

Sin embargo, la jurisprudencia sobre el artículo III del GATT fue pertinente para interpretar el término “productos similares” en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC y la jurisprudencia sobre el artículo XX(b) del GATT fue pertinente para interpretar el término “necesario” en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC. Esta jurisprudencia sobre el Acuerdo OTC también podría ser pertinente para la interpretación del GATT. Aquí hay otro buen ejemplo de la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

V. Medidas sanitarias y fitosanitarias

Muchas medidas sanitarias y fitosanitarias tienen como fin la protección del medio ambiente. El primer párrafo del preámbulo del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (Acuerdo MSF) reafirma que no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional. Este lenguaje refleja el lenguaje del párrafo (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT y establece el objetivo fundamental del Acuerdo MSF. En virtud del artículo 1.1, el Acuerdo MSF es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional, con inclusión de las medidas ya existentes antes del 1 de enero de 1995.¹³¹ El Anexo A del Acuerdo MSF define el término “medida sanitaria o fitosanitaria”. Es importante notar que esta definición se limita a las MSF para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales *en el territorio del Miembro*. Por lo tanto, excluye las medidas que tengan como propósito proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales *fuera del territorio del Miembro*. No obstante, las MSF pueden comprender procesos y métodos de producción y el transporte fuera del territorio del Miembro mientras el fin es la protección dentro de su territorio. De esta manera, el Acuerdo MSF resuelve una cuestión no resuelta en el artículo XX(b) del GATT: si existe un límite jurisdiccional sobre el alcance de las medidas que pueden justificarse en esta excepción.

La determinación del nivel adecuado de protección es una prerrogativa del Miembro.¹³² Sin embargo, es el nivel adecuado de protección el que determina la medida sanitaria o fitosanitaria que ha de establecerse o mantenerse, y no la medida sanitaria o fitosanitaria establecida o mantenida la que determina el nivel adecuado de protección.¹³³ No hay obligación de determinar el nivel adecuado de protección en términos cuantitativos. Sin embargo, un Miembro importador no puede determinar su nivel de protección en términos tan ambiguos o equívocos que la aplicación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF resulte imposible. Por consiguiente, en caso de que un Miembro no determine su nivel adecuado de protección, o no lo haga con la suficiente precisión, los grupos especiales

¹³¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 128.

¹³² Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 199.

¹³³ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 203.

pueden establecer el nivel adecuado de protección tomando como base el nivel de protección que refleja la medida sanitaria o fitosanitaria efectivamente aplicada.¹³⁴

Hay un debate importante sobre la deferencia que los grupos especiales o el Órgano de Apelación deben mostrar en virtud del Acuerdo MSF. No deben sustituir su propia interpretación de la evidencia científica ni hacer su propio análisis del riesgo.¹³⁵ Sin embargo, Guzman argumenta que deben mostrar mayor deferencia a las decisiones de los Miembros en cuestiones de evaluación de la ciencia, el nivel de riesgo que un Miembro está dispuesto a tolerar y la relación entre la evaluación de riesgo y la medida en litigio. Más bien, el análisis sustantivo de los grupos especiales y del Órgano de Apelación debe limitarse a la conducta de los Miembros relativa a los requisitos procesales y sobre la transparencia, y la prohibición de la discriminación arbitraria o injustificable, las restricciones encubiertas del comercio internacional y las medidas que son más restrictivos al comercio de lo necesario.¹³⁶

Si se alega que la medida en litigio es una MSF, el análisis basado en el Acuerdo MSF debe preceder a cualquier examen basado en el GATT.¹³⁷ El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* concluyó “que el Acuerdo MSF detalla y, por consiguiente, explica más detenidamente las disposiciones del artículo XX(b) cuando se trata de medidas sanitarias o fitosanitarias”.¹³⁸ Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que una MSF, cuya incompatibilidad con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF se ha constatado, no puede justificarse de conformidad con el artículo XX(b) del GATT de 1994.¹³⁹ No obstante, no está resuelta la cuestión de si es posible invocar el artículo XX del GATT para justificar una violación del Acuerdo MSF. Mientras podría ser difícil justificar la violación de los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF bajo el artículo XX(b), esto no significa que no sería posible justificar tales violaciones bajo otra excepción del artículo XX, como el párrafo (a) (moral pública). Sin embargo, uno también podría concluir que la incorporación del lenguaje del párrafo (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT demuestra una intención de no permitir la invocación del artículo XX del GATT para justificar una medida que es inconsistente con el Acuerdo MSF.

Una cuestión no resuelta es si distintos aspectos de una medida podrían estar sujetos a las obligaciones del Acuerdo MSF y del Acuerdo OTC.¹⁴⁰ El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* concluyó que una medida puede estar sujeta simultáneamente a las obligaciones del Acuerdo MSF y del GATT. No obstante, concluyó que la medida no podía justificarse bajo el artículo XX(b) del GATT por ser inconsistente con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF. En ese caso, la medida fue, a la vez, una MSF y una medida presupuestaria. Además, la medida fue inconsistente con las obligaciones del Acuerdo MSF y las obligaciones del GATT. En caso de que una medida fuese inconsistente

¹³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafos 206-207.

¹³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 194 e Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas*, párrafo 8.32.

¹³⁶ Andrew Guzman, “Dispute Resolution in SPS Cases”, en Horowitz, Moulis & Steger (eds.), *Ten Years of WTO Dispute Settlement*, International Bar Association, 2007.

¹³⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.66-7.69. Véanse también Informe del Grupo Especial, *CE – Sardinias*, párrafos 7.15-7.16 e Informe del Órgano de Apelación, *CE – Bananos III*, párrafo 204.

¹³⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.479.

¹³⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.481.

¹⁴⁰ Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 865 y 877.

con el Acuerdo MSF y consistente con las obligaciones del GATT, es poco probable que la consistencia de la medida con el GATT pudiera curar la inconsistencia con el Acuerdo MSF.¹⁴¹ ¿Cuál sería el resultado si una medida tuviera, a la vez, elementos sanitarios o fitosanitarios y elementos de un obstáculo técnico al comercio?

Un principio fundamental de la interpretación de los tratados que se desprende de la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena es el principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*). En el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación señaló que “uno de los corolarios de la ‘regla general de interpretación’ de la Convención de Viena es que la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado”.¹⁴² Entonces, no se puede adoptar una interpretación que reduzca cláusulas o párrafos enteros a la redundancia o la inutilidad.¹⁴³ Hay que interpretar a todos los términos de un tratado de forma que da sentido a todos, de una forma armoniosa.¹⁴⁴ En el derecho público internacional, hay una presunción contra el conflicto entre obligaciones jurídicas internacionales.¹⁴⁵ Entonces, hay que interpretar los acuerdos de la OMC en su conjunto, para evitar el conflicto entre las reglas en distintos acuerdos de la OMC, donde sea posible.¹⁴⁶ Los derechos y las obligaciones de los acuerdos de la OMC aplican de manera cumulativa a menos que no se pueda aplicar una disposición porque entra en conflicto con otra disposición o porque la otra disposición constituye *lex specialis*.¹⁴⁷ Estas normas serían aplicables para resolver cuestiones sobre la relación entre el Acuerdo MSF y los demás acuerdos abarcados de la OMC.

En virtud del artículo 2.1, los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo MSF. En el contexto del apartado (b) del artículo XX del GATT, la jurisprudencia ha desarrollado un análisis para determinar si una medida es “necesaria”. Sin embargo, a diferencia del GATT, el Acuerdo MSF establece reglas detalladas para determinar el nivel adecuado de protección, basado en testimonios científicos suficientes y con arreglo a una evaluación de riesgo. Por consiguiente, la cuestión de si una medida sanitaria o fitosanitaria es necesaria debe determinarse primero con arreglo a las disposiciones del Acuerdo MSF.¹⁴⁸ No obstante, la jurisprudencia sobre el apartado (b) del artículo XX del GATT es una fuente de útiles orientaciones en la interpretación del Acuerdo MSF, dado la referencia al apartado (b) del artículo XX del GATT en el

¹⁴¹ *Ibidem*. Marceau y Trachtman dan el ejemplo de una medida MSF que es inconsistente con el artículo 5.1 del Acuerdo MSF porque no se basa en una evaluación de riesgo, pero que no es discriminatoria en los términos de los artículos I y III del GATT.

¹⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 26.

¹⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 23.

¹⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos lácteos*, párrafo 81. Véanse también los informes del Órgano de Apelación en: *Estados Unidos – Ropa interior*, página 17; *Canadá – Productos lácteos*, párrafo 133; *Argentina – Calzado (CE)*, párrafo 81; *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 338; *Estados Unidos – Ley de Compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 271; y *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*, párrafo 549.

¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Autos*, párrafo 14.28. Véase también Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 240.

¹⁴⁶ Véase Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala – Cemento*, párrafo 65.

¹⁴⁷ Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 867.

¹⁴⁸ Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239.

preámbulo del Acuerdo MSF y dado que los dos acuerdos deben interpretarse de una manera armoniosa.¹⁴⁹ En virtud del principio de efecto útil, se debe interpretar a todos los términos de un tratado de forma que da sentido a todos, de una forma armoniosa.¹⁵⁰

En virtud del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el artículo 5.7. El requisito de los “testimonios científicos suficientes” del artículo 2.2, junto con el requisito de una evaluación del riesgo en el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, son esenciales para mantener el equilibrio en el Acuerdo MSF entre los objetivos de promover el comercio internacional y de proteger la vida y la salud de los seres humanos.¹⁵¹ El artículo 5.1 es una aplicación específica de las obligaciones básicas del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, y estas dos disposiciones se deben leer constantemente juntas.¹⁵² Una prohibición de las importaciones que viola el artículo 5.1 también es incompatible con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF.¹⁵³

En el asunto *Japón – Manzanas*, el Grupo Especial concluyó como cuestión de hecho que no era probable que las manzanas puedan servir como vía para la entrada, radicación o propagación de una enfermedad del manzano en el Japón. El Grupo Especial contrastó el alcance del riesgo y la naturaleza de los elementos que componían la medida, y concluyó que ésta era “claramente desproporcionada con respecto al riesgo identificado sobre la base de los testimonios científicos disponibles”. Por esa “clara desproporción” concluyó que no existía una “relación racional u objetiva” entre la medida y los testimonios científicos pertinentes, y por ello la medida se mantenía sin “testimonios científicos suficientes” en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo MSF. El Órgano de Apelación consideró que el criterio aplicado por el Grupo Especial no agotaba la gama de metodologías disponibles para determinar si una medida se mantiene “sin testimonios científicos suficientes”. No obstante, concluyó que la metodología adoptada por el Grupo Especial era adecuada, dadas las circunstancias específicas del caso.¹⁵⁴

En el contexto del artículo XX(b) del GATT, no hay una cuestión de proporcionalidad en el análisis de si una medida es necesaria. El artículo 2.2 del Acuerdo MSF también tiene un requisito de necesidad, en la aplicación de la medida. Sin embargo, el artículo 2.2 agrega el requisito adicional de no mantener una medida sanitaria o fitosanitaria sin testimonios científicos suficientes. En el asunto *Japón – Manzanas*, el Grupo Especial introdujo un análisis de proporcionalidad como parte de este requisito. No obstante, no queda muy claro cómo se puede reconciliar la ausencia de un requisito de proporcionalidad en el análisis de necesidad con su presencia dentro del mismo artículo 2.2.

¹⁴⁹ En el asunto *CE – Amianto*, en el contexto del apartado (b) del artículo XX, el Órgano de Apelación consideró que el objetivo de proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos era vital y de la máxima importancia. La determinación de si una medida era “necesaria” tenía que tener en cuenta el nivel de protección deseado, dado que los miembros de la OMC tienen el derecho de determinar el nivel de protección a la salud humana que consideran adecuada y no hay que cuantificar el riesgo que representa un producto. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 167-168 y 172.

¹⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos lácteos*, párrafo 81.

¹⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177.

¹⁵² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 180.

¹⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 138.

¹⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafos 163-164.

El lenguaje del artículo 2.2 del Acuerdo MSF refleja el lenguaje que se utiliza en el apartado (b) del artículo XX del GATT. Además, en virtud del artículo 2.4 del Acuerdo MSF, se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado (b) del artículo XX. Dado la similitud entre el lenguaje de los párrafos 2.2, 2.3 y 2.4 del Acuerdo MSF y el apartado (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT, la jurisprudencia sobre estas disposiciones del GATT sería pertinente para la interpretación de estas disposiciones del Acuerdo MSF. Sin embargo, hay que tener en cuenta las diferencias entre el contexto de los artículos del GATT y el contexto de los artículos del Acuerdo MSF para determinar hasta qué punto la jurisprudencia del GATT es aplicable.¹⁵⁵ El artículo 2.2 expresa una obligación, mientras que el artículo XX del GATT se trata de excepciones. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Además, el artículo 2.2 habla de la aplicación de la medida, sin indicar hasta qué punto la sustancia de la medida es pertinente. En contraste, en el artículo XX(b) del GATT, el análisis se trata de la sustancia de la medida y su aplicación se considera en el preámbulo del artículo XX.¹⁵⁶

En virtud del 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. Este lenguaje refleja el lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT y del artículo XIV del AGCS.

En el asunto *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, el Grupo Especial consideró que es necesario probar tres elementos cumulativos para establecer una violación del artículo 2.3: (1) la medida discrimina entre los territorios de los otros Miembros, o entre el territorio del Miembro que impone la medida y el territorio de otro Miembro; (2) la discriminación es arbitraria o injustificable; y (3) prevalezcan condiciones idénticas o similares en el territorio del otro Miembro comparado.¹⁵⁷ Además, el artículo 2.3 del Acuerdo MSF prohíbe la discriminación no sólo entre productos similares, sino también entre productos diferentes (en ese caso, entre diferentes tipos de pescado).¹⁵⁸ El artículo 2.3 difiere de las disposiciones de la no discriminación de los artículos I y III del GATT en este sentido.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial observó que, según el Órgano de Apelación, las constataciones relativas al sentido corriente de la expresión “arbitrario o injustificable” en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes y sirven de orientación para la interpretación de la expresión “discriminación arbitraria o injustificable” en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF.¹⁵⁹ Sin

¹⁵⁵ Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239, donde el Órgano de Apelación consideró que la jurisprudencia sobre el artículo III y el preámbulo del artículo XX del GATT no se podía aplicar al artículo 5.5 del Acuerdo MSF sin tomar en cuenta las estructuras diferentes de los dos acuerdos.

¹⁵⁶ Véase Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 834.

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafo 7.111 e Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.317

¹⁵⁸ Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafo 7.112.

¹⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.268-7.269.

embargo, mientras el artículo 2.3 incorpora lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT, el artículo 2.3 es una obligación positiva, mientras que el artículo XX es una excepción. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Entonces, surge la cuestión de si el lenguaje en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF debe interpretarse menos estrictamente que el mismo lenguaje en el artículo XX del GATT.

El artículo 3 del Acuerdo MSF establece tres opciones para establecer una medida sanitaria o fitosanitaria: (1) “basada en” una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente; (2) “en conformidad con” normas, directrices o recomendaciones internacionales (en cuyo caso se presume compatible con el Acuerdo MSF y el GATT); o (3) establecer su propio nivel de protección sanitaria, superior al que implica la norma internacional, siempre que cumpla determinados requisitos.

El Anexo A del Acuerdo MSF define “normas, directrices y recomendaciones internacionales” como las de la Comisión del Codex Alimentarius (en materia de inocuidad de los alimentos), de la Oficina Internacional de Epizootias (en materia de sanidad animal y zoonosis) y de la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (en materia de preservación de los vegetales).

En virtud del artículo 3.1 del Acuerdo MSF, todo Miembro puede optar por establecer una medida sanitaria o fitosanitaria que esté basada en una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente. Tal medida puede adoptar algunos de los elementos, aunque no necesariamente todos, de la norma internacional. La carga de mostrar que existe presunción de incompatibilidad con el artículo 3.1 o cualquier otro artículo pertinente del Acuerdo MSF o del GATT sigue con el Miembro demandante.¹⁶⁰

En virtud del artículo 3.2, se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y del GATT. La decisión de un Miembro de no poner en conformidad determinada medida con una norma internacional no autoriza a que se le imponga a ese Miembro una carga de la prueba especial o generalizada.¹⁶¹ Estar “en conformidad con” no significa lo mismo que estar “basadas en”.¹⁶² En virtud del artículo 3.2, todo Miembro puede decidir promulgar una medida sanitaria o fitosanitaria que esté en conformidad con una norma internacional. Esa medida incorporará la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma interna. Tal medida goza del beneficio de una presunción (aunque rebatible) de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y del GATT.¹⁶³

En virtud del artículo 3.3, los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o

¹⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 171.

¹⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 102.

¹⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 166. En el contexto del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación consideró que una norma internacional se utiliza “como base” de un reglamento técnico cuando se la utiliza como componente principal o principio fundamental a los fines de dictar el reglamento y que debe existir una vinculación muy firme y muy estrecha entre dos cosas párrafo que pueda decirse que una constituye “la base de” la otra. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 243-245.

¹⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 170.

recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. Ello no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF. En virtud de la nota al pie 2, a los efectos del artículo 3.3, existe una justificación científica si, sobre la base de un examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF, un Miembro determina que las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes no son suficientes para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria.

Según el Órgano de Apelación, el artículo 3.3 reconoce el derecho autónomo del Miembro de establecer ese nivel más elevado de protección, siempre que el Miembro cumpla determinados requisitos al adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias para alcanzar ese nivel.¹⁶⁴ El nivel adecuado de protección en ese Miembro puede ser superior al que implica la norma internacional. El derecho de un Miembro a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria no es una excepción de la obligación general del artículo 3.1.¹⁶⁵

Si una MSF está basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, se aplica el artículo 3.1. Si no está basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, porque el Miembro quiere lograr un nivel de protección más elevado, se aplica el artículo 3.3. Entonces, la cuestión clave es si la MSF está basada en esas normas o no.¹⁶⁶

El artículo 3.3 pretende cubrir dos situaciones. Estas son el establecimiento o el mantenimiento de medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección más elevado (1) si existe una justificación científica o (2) si ello es consecuencia del nivel de protección que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. En ambas situaciones las medidas que representen un nivel de protección diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF. La expresión “ninguna otra disposición” del Acuerdo MSF incluye el artículo 5. Además, la nota al pie 2 define la “justificación científica” como un “examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes” del Acuerdo MSF. Ese examen y evaluación parecen participar de la naturaleza de la evaluación del riesgo exigida en el artículo 5.1 y definida en el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF.¹⁶⁷ Por lo tanto, el artículo 3.3 exige a los Miembros cumplir las prescripciones del artículo 5.1.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 104.

¹⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 172-173.

¹⁶⁶ Véase Broude, Tomer, “Genetically Modified Rules: The Awkward Rule-Exception-Right Distinction and EC-Biotech”, *World Trade Review*, 6(2), 215, 2007.

¹⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 175.

¹⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177. El artículo 5 se analiza en detalle en Condon, Bradly, “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”, 2011, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_MSF.pdf.

En virtud del artículo 5.6, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica. En virtud de la nota al pie 3 del Acuerdo MSF, a los efectos del artículo 5.6, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

Para establecer una infracción del artículo 5.6, el reclamante tiene que satisfacer tres condiciones acumulativas, demostrando que hay una medida alternativa: (1) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; (2) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria; y (3) que es significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.¹⁶⁹

Los requisitos del artículo 5.6 son parecidos al análisis que la jurisprudencia del GATT y de la OMC ha aplicado al concepto de necesidad en los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XX del GATT y en los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación explicó como funciona la carga de prueba en el contexto del párrafo (a) del artículo XIV del AGCS. En el contexto de las excepciones generales del GATT y del AGCS, el demandado no tiene que probar un negativo; es decir, no tiene que probar que no existen alternativas a la medida que ha adoptado. El demandado debe demostrar que su medida es “necesaria” para lograr los objetivos del párrafo específico. Es decir, no necesita identificar el conjunto de medidas alternativas menos restrictivas del comercio y después demostrar que ninguna de ellas logra el objetivo perseguido.¹⁷⁰ En el artículo 5.6 del Acuerdo MSF, el análisis de si hay otra medida razonablemente disponible funciona de la misma manera. Es decir, el demandante tiene la carga de la prueba para establecer que hay otra medida razonablemente disponible que cumpla con los tres elementos cumulativos. Una vez que el demandante haya establecido esto, el demandado tiene que probar porque la otra medida no cumple con los tres elementos cumulativos. Entonces, aunque el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS son excepciones, y el artículo 5.6 es una obligación, la carga de la prueba funcionará de la misma manera.

Los criterios para analizar la necesidad en el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS son: (1) la “importancia relativa” de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada; (2) la contribución de la medida al logro de los fines que persigue; (3) la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional; y (4) si el Miembro interesado tiene razonablemente a su alcance una medida alternativa para lograr su fin y que sea compatible o menos incompatible con las obligaciones de la OMC.¹⁷¹ Parece que el

¹⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 194. Véanse también, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 95 e Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón*, párrafo 8.182. Véase también Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafo 7.1098 e Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafo 337.

¹⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 309.

¹⁷¹ Véanse los Informes del Órgano de Apelación en los asuntos *CE – Amianto*; *Corea – Carne vacuna*; *Estados Unidos – Juegos de azar*, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*.

artículo 5.6 no contenga dos elementos del análisis de necesidad que se lleva a cabo en las excepciones generales del artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS: la importancia del valor protegido y la contribución de la medida al fin perseguido.¹⁷² No obstante, la importancia del valor protegido por los MSF es implícita. Este criterio surge de la jurisprudencia y la misma jurisprudencia ha identificado la protección de la salud y la vida humana como vital y de la máxima importancia.¹⁷³ En el asunto *Brasil – Neumáticos Recauchutados* el Grupo Especial, en el contexto del artículo XX(b) del GATT, concluyó que la protección del medio ambiente no es menos importante (es decir, la protección de la salud y la vida de los animales y la preservación de los vegetales).¹⁷⁴ El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que la protección del medio ambiente es un valor importante.¹⁷⁵ El criterio de la contribución de la medida también es implícito. La cuestión de si hay una MSF alternativa con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro implica una comparación de la contribución de la MSF en litigio con la MSF alternativa.

En virtud del artículo 5.7, cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

El artículo 5.7 del Acuerdo MSF constituye una exención cualificada de la obligación del artículo 2.2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes.¹⁷⁶ Establece que un Miembro puede adoptar y mantener una medida sanitaria o fitosanitaria provisional si se cumplen cuatro requisitos:

- (1) se impone con respecto a una situación “cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”;
- (2) es adoptada “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”;
- (3) el Miembro trata de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo; y
- (4) el Miembro revisa en consecuencia la medida en un plazo razonable.

Esos cuatro requisitos son acumulativos y son igualmente importantes a efectos de determinar la conformidad con esta disposición. Cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el artículo 5.7.¹⁷⁷

La evaluación de si “los testimonios científicos pertinentes son insuficientes” no debe realizarse en abstracto, sino a la luz de una investigación específica. Los testimonios científicos pertinentes serán insuficientes en el sentido del artículo 5.7 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el artículo 5.1 y como se

¹⁷² Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 834 y 856.

¹⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 172.

¹⁷⁴ Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.108.

¹⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 179.

¹⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 80.

¹⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 89.

define en el Anexo A del Acuerdo MSF.¹⁷⁸ La aplicación del artículo 5.7 no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino por la insuficiencia de testimonios científicos.¹⁷⁹

Existe un debate importante sobre la naturaleza del artículo 5.7. En el asunto *Japón – Productos agrícolas II*, el Grupo Especial asignó la carga de la prueba bajo el artículo 5.7 al demandante.¹⁸⁰ En el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial consideró que el artículo 5.7 contiene un derecho autónomo, no una excepción, y por tanto el demandante tenía la carga de la prueba.¹⁸¹ Tomer Broude ha sugerido que los artículos 5.1 y 5.7 son obligaciones alternativas que constituyen aplicaciones específicas del artículo 2.2 del Acuerdo MSF. El artículo 5.1 es aplicable cuando existen testimonios científicos suficientes para hacer una evaluación adecuada de los riesgos y el artículo 5.7 es aplicable cuando no existen testimonios científicos suficientes para ese fin.¹⁸²

El Acuerdo MSF no estipula requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma. Mientras el artículo 5.7 no especifica qué resultados en cuanto a los hechos deben alcanzarse para cumplir con la obligación de “tratar de obtener” información adicional, debe tratarse de obtener información adicional a fin de permitir a los Miembros realizar “una evaluación más objetiva del riesgo”. Por consiguiente, la información buscada debe permitir efectuar esa evaluación del riesgo.¹⁸³ El contexto de la primera frase del artículo 5.7 indica que el término “información pertinente” es más amplio que el término “testimonios científicos pertinentes”. De un lado, se ha sugerido que podría incluir las deliberaciones públicas y otras fuentes de información sobre los valores públicos relativos al riesgo bajo consideración.¹⁸⁴ De otro lado, se ha sugerido que los argumentos basados en el proceso democrático son incompatibles con tratados vinculantes; por lo tanto, sería preferible tener en cuenta los valores públicos bajo la excepción para las medidas necesarias para proteger la moral pública en el artículo XX(a) del GATT.¹⁸⁵

Lo que se entiende por “plazo razonable” debe determinarse caso por caso y en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria.¹⁸⁶ Se ha sugerido que los procesos nacionales para la evaluación de riesgos deben tenerse en cuenta para determinar un plazo razonable, incluyendo el tiempo que se necesita para permitir la participación pública en el proceso.¹⁸⁷

En el asunto *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación consideró la aplicabilidad del principio de cautela. Después de notar que la condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate, consideró innecesario tomar

¹⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 179.

¹⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 184.

¹⁸⁰ Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 8.13 & 8.58.

¹⁸¹ Informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.2969.

¹⁸² Véase Broude, Tomer, *op. cit.*, nota 166.

¹⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 92.

¹⁸⁴ Winickoff et al., “Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law”, *Yale Journal of International Law*, 30, 81, 2005, p. 114.

¹⁸⁵ Gareth T. Davies, “Morality Clauses and Decision-Making in Situations of Scientific Uncertainty: The Case of GMOs”, *World Trade Review*, 6(2), 249, 2007.

¹⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 93.

¹⁸⁷ Winickoff et al., *op. cit.*, p. 114.

posición sobre esta cuestión. Sin embargo, notó que ese principio no había sido incluido en el texto del Acuerdo MSF como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en las disposiciones del Acuerdo. Además, consideró que el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el artículo 5.7, en el sexto párrafo del preámbulo y en el artículo 3.3 del Acuerdo MSF. También consideró que se debe tener presente que los gobiernos responsables y representativos generalmente actúan desde una perspectiva de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo la terminación de la vida, para la salud de los seres humanos. No obstante, el Órgano de Apelación consideró que el principio de cautela, por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios de derecho internacional consuetudinario normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del Acuerdo MSF. Concluyó que el principio de cautela no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF.¹⁸⁸

La relación entre el GATT y el Acuerdo MSF es compleja, y el último utiliza varios términos que también se utilizan en el primero. Por esto, la jurisprudencia sobre el GATT ha sido pertinente para interpretar varios términos en el Acuerdo MSF. Por la misma razón, la jurisprudencia sobre el Acuerdo MSF también podría ser pertinente para la interpretación del GATT. Aquí hay otro buen ejemplo de la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes.

VI. Subvenciones Ambientales

Las subvenciones ambientales se regulan en el GATT de 1994, el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC. El Acuerdo SMC se aplica de manera acumulativa con los Artículos VI y XVI del GATT. Si las subvenciones ambientales se aplican a los bienes agrícolas, puede aplicarse el Acuerdo SMC o el Acuerdo sobre la Agricultura o ambos. En general, los grupos especiales aplican el acuerdo más específico en comercio de bienes antes del GATT, debido a que la disposición del acuerdo más específico prevalece en una situación de conflicto.¹⁸⁹ Sin embargo, el Acuerdo SMC no descarta una acción "al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994, según proceda".¹⁹⁰ Además, mientras que las medidas relacionadas con las subvenciones agrícolas se analizan primero bajo el Acuerdo sobre la Agricultura,¹⁹¹ algunas están sujetas a las disciplinas del Acuerdo SMC también.

Una subvención a la exportación que viola los Artículos 3.3 y 8 del Acuerdo sobre la Agricultura también viola el Artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC.¹⁹² Sin embargo, parece menos probable que una subvención a la exportación que cumpla con el Acuerdo sobre la Agricultura pudiera impugnarse bajo el Artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Dado que el primer acuerdo permite ciertas subvenciones a la exportación, y el último prohíbe todas las

¹⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 123-125.

¹⁸⁹ Nota interpretativa general al Anexo 1A.

¹⁹⁰ Acuerdo SMC, nota 56.

¹⁹¹ Acuerdo SMC, Artículo 3.1.

¹⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón Americano (Upland)*, WT/DS176/AB/R, adoptado 21 de Marzo 2005, párrafos 582-584.

subvenciones a la exportación, parece que hay un conflicto.¹⁹³ En caso de conflicto, las disposiciones más específicas del Acuerdo sobre la Agricultura deben prevalecer.¹⁹⁴ A diferencia, si los Miembros de la OMC cumplen con sus obligaciones sobre el apoyo nacional de acuerdo con los compromisos del Acuerdo a la Agricultura, éstos podrían seguir violando el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC si las subvenciones son supeditadas al empleo de productos nacionales.¹⁹⁵

Las subvenciones también están sujetas a la Parte III (subvenciones recurribles) y Parte V (medidas compensatorias) del Acuerdo SMC. Las subvenciones agrícolas también están sujetas a estas partes del Acuerdo SMC.¹⁹⁶ Así, las subvenciones ambientales podrían estar sujetas a acción multilateral bajo la Parte III o acción unilateral bajo la parte V.

Además de las subvenciones más obvias, los impuestos pueden estructurarse de manera que violen las disposiciones del Acuerdo SMC (por ejemplo, un trato fiscal diferente a productos "que no dañan el medio ambiente"). Dado que el Acuerdo SMC y el artículo III:2 del GATT no se excluyen mutuamente, estas medidas pueden estar sujetas a ambas series de obligaciones. Estas obligaciones se pueden aplicar de manera cumulativa a los diferentes aspectos de la misma medida.¹⁹⁷ La misma lógica se aplicaría a la relación entre el Acuerdo SMC y el artículo I:1 del GATT. Además, las medidas que supeditan el acceso a las subvenciones al uso de los insumos nacionales pueden ser inconsistentes tanto con el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC y el artículo III:4 del GATT.¹⁹⁸

El Acuerdo SMC sólo aplica a la medida si ésta constituye una subvención de acuerdo con la definición del artículo 1.1 del Acuerdo SMC. Una 'contribución financiera' y un 'beneficio' son dos elementos jurídicos distintos en el artículo 1.1, que juntos determinan si existe una subvención.¹⁹⁹ La diferente aplicación de los impuestos podría constituir una "contribución financiera de un gobierno" de acuerdo con la definición del artículo 1.1(a)(1)(ii). Los dos casos principales sobre este punto constataron que existía una subvención de acuerdo con el artículo 1.1(a)(1)(ii) del Acuerdo SMC en las situaciones siguientes: (1) un trato diferente en los impuestos sobre la renta de las ventas nacionales e internacionales (*Estados Unidos – EVE*) y (2) una exención al pago de un derecho de

¹⁹³ En esta situación, hay un conflicto de normas en el sentido que el ejercicio de derechos bajo una norma constituye una violación bajo otra norma. Ver Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, nota 145, p. 275.

¹⁹⁴ Acuerdo sobre la Agricultura, Artículo 21.1. No todos están de acuerdo con esta conclusión. Sin embargo, la inconsistencia entre dos acuerdos es tal que sería complicado reconciliar a través de la interpretación. Si la aplicación del Acuerdo SMC significa que el derecho de emplear ciertas subvenciones a la exportación de acuerdo con el Acuerdo sobre la Agricultura es rechazado, las disposiciones relevantes del Acuerdo sobre la Agricultura no serían efectivas. Este resultado rebatiría a la regla de interpretación efectiva de un tratado. Ambos acuerdos definen subvenciones a la exportación como supeditadas a los resultados de la exportación. Ver el Acuerdo sobre Agricultura, artículo 1(e) y el artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Para un análisis detallado de la relación entre el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC, ver Acosta, Yahir, "La Relación entre el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias", Centro de Derecho Económico Internacional, <http://cdei.itam.mx/AcostaSMCAA.pdf>. Véase también Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3, p. 278.

¹⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón Americano*, párrafo 550.

¹⁹⁶ Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3, p. 334.

¹⁹⁷ Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, párrafos 14.36, 14.97-14.99.

¹⁹⁸ Véase por ejemplo *Canadá — Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*, WT/DS412, solicitud de celebración de consultas, 13 de septiembre de 2010.

¹⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones p/raeronaves (Brasil – Aeronaves)*, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 156.

importación NMF que de lo contrario aplicaría a la importación de las autopartes, condicionada a los requisitos de producción nacional (*Canadá – Automóviles*).

De acuerdo con el Órgano de Apelación, el simple hecho que los ingresos públicos no “se percibirían”, desde una perspectiva fiscal, no determina que estos ingresos son o no son los “que en otro caso se percibirían” bajo el artículo 1.1(a)(1)(ii) del Acuerdo SMC.²⁰⁰ Una “contribución financiera” no surge simplemente porque un gobierno no recauda ingresos que pudo haber obtenido. El término “que en otro caso se percibirían” implica una comparación con un requisito normativo definido, establecido en la normativa fiscal del Miembro en cuestión.²⁰¹ La determinación de si “no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían” requiere comparar el trato fiscal de ingresos comparables de contribuyentes en situaciones similares.²⁰² Si un país grava los productos de acuerdo al impacto ambiental, el resultado más probable es que los diferentes productos estarán sujetos a tasas de impuestos diferentes. Un ejemplo es cuando los combustibles fósiles están sujetos a un impuesto sobre la venta que no se aplica a otros productos, el cual es ya el caso en algunas jurisdicciones.²⁰³ Un esquema más elaborado podría aplicar diferentes niveles de impuestos sobre la venta a diferentes categorías de productos basados en los diferentes rangos de impactos ambientales, tomando en cuenta el impacto ambiental durante el ciclo de vida de un producto. Si estos esquemas están diseñados de manera que los productos nacionales estén sujetos a un impuesto más bajo que los productos importados, entonces la tasa reducida del impuesto puede constituir “ingresos públicos que en otro caso se percibirían”.²⁰⁴ Esto podría ser el caso si los países divergen en sus regulaciones ambientales de tal forma que algunos países se comprometan en un tipo de producción menos perjudicial al ambiente que otros.²⁰⁵ La referencia de la nota al pie 1 a “la exoneración, a favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar” podría indicar que el artículo 1.1(a)(1)(ii) puede aplicarse a otros casos en los que los productos similares reciben un trato diferente al impuesto sobre el consumo.²⁰⁶ Sin embargo, no se puede decir que los ingresos públicos en otro caso se percibirían solo porque ciertos ingresos no son gravados (o no son gravados al máximo como se podría); un Miembro de la OMC tiene la libertad de no gravar ciertas categorías de ingresos.²⁰⁷ Por lo tanto, no está claro en qué circunstancias la diferencia en la grabación de los productos puede constituir una “contribución financiera de un gobierno” dentro de la

²⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Trato Arancelario ‘Ventas Extranjeras de Empresas’ (artículo 21.5 – CE) (Estados Unidos – FSC (artículo 21.5 – CE), WT/DS108/AB/RW*, adoptado el 29 de enero de 2002, párrafo 88.

²⁰¹ *Ibid*, párrafo 90.

²⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (Artículo 21.5 – CE)*, párrafo 98.

²⁰³ Por ejemplo, la provincia canadiense de Columbia Británica impuso un arancel al carbón sobre fósiles combustibles en 2008.

²⁰⁴ Si tanto los productos importados como los nacionales son bienes sustituibles párrafo la producción nacional (como en el caso de combustibles) y se confiere un beneficio, entonces puede haber una violación del artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC.

²⁰⁵ Además, estas divergencias en la intensidad de la producción del carbono podría llevar a un trato diferente de importación al plantear cuestiones relacionadas con el trato de NMF.

²⁰⁶ En este sentido, el Órgano de Apelación ha establecido que las medidas fiscales identificadas en la nota al pie 1 como las que no constituyen una ‘subvención’ involucran la exención de productos exportados de los impuestos sobre el consumo de productos. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE*, párrafo 93.

²⁰⁷ *Ibid*, párrafo 90.

definición del Acuerdo SMC. En el caso *Canadá – Aeronaves*, el Órgano de Apelación interpretó el término “beneficio” bajo el artículo 1.1(b) de la siguiente manera. Dijo que una contribución financiera sólo otorga un beneficio (una ventaja) si se concede bajo condiciones más ventajosas que las que hubieron sido disponibles al receptor en el mercado.²⁰⁸ Un beneficio debe recibirse y aprovecharse, lo cual requiere un análisis de qué se otorgó al beneficiario; por cierto la medición del beneficio no se basa en la existencia de algún costo para el gobierno.²⁰⁹ La persona o entidad que recibe el beneficio no tiene que ser el mismo que el que recibe la contribución financiera.²¹⁰ Por tanto, el artículo 1.1(b) requiere un análisis de si el beneficio se ha obtenido por la diferencia entre las tasas de impuestos, quién lo ha obtenido, y si dicho beneficio pudo haberse obtenido en el mercado, y cuál es el mercado pertinente.

¿Se pueden justificar las subvenciones ambientales que son inconsistentes con el Acuerdo SMC o el Acuerdo sobre la Agricultura bajo el artículo XX del GATT? Marceau y Trachtman sugieren que se necesitaría una “aproximación heroica a la interpretación” para ampliar la aplicación del artículo XX del GATT para justificar una violación bajo otro acuerdo del Anexo 1A.²¹¹ Sin embargo, en los casos *Estados Unidos - Camarones (Tailandia)* y *Estados Unidos - Customs Bond Directive*, el Órgano de Apelación se abstuvo de expresar una opinión sobre si existe una defensa bajo el artículo XX(d) del GATT para justificar una medida que se había constatado como una “acción específica contra el dumping” bajo el artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping.²¹² El artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping establece que “[n]o podrá adoptarse ninguna medida específica contra el dumping de las exportaciones de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo.” El Grupo Especial había concluido que la medida en litigio era inconsistente con la nota suplementaria del artículo VI del GATT de 1994, y de esta manera no estaba en conformidad con las provisiones del GATT de 1994, como se interpreta en el Acuerdo [Antidumping]. Por lo tanto, en este caso el Grupo Especial consideró la defensa de los Estados Unidos bajo el artículo XX(d) del GATT de 1994. Sin embargo, concluyó que las medidas no pudieron ser justificadas como necesarias. Además, el Órgano de Apelación en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* concluyó que China estaba en su derecho de invocar el artículo XX(a) del GATT respecto a una medida que era inconsistente con su Protocolo de Adhesión a la OMC. El Órgano de Apelación razonó que un Miembro debe poder invocar el artículo XX cuando la medida en litigio podría ser inconsistente tanto con una disposición del GATT como con una disposición relativa al comercio de bienes fuera del GATT. De otra forma, el demandante podría privar a un demandado de sus derechos bajo el artículo XX del GATT simplemente evadiendo las alegaciones bajo el GATT.²¹³

²⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles (Canadá – Aeronaves civiles)*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 149.

²⁰⁹ *Ibid*, párrafo 154.

²¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas*, WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003, párrafo 110.

²¹¹ Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, p. 874.

²¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (Tailandia) y Estados Unidos – Directiva sobre fianzas aduaneras*, WT/DS343/AB/R, WT/DS345/AB/R, adoptados el 1 de agosto de 2008, párrafos 310, 319.

²¹³ 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*

Sin embargo, la cláusula introductoria del artículo XX del GATT indica que las excepciones generales aplican a “este Acuerdo”. Esto parece impedir la aplicación del artículo XX más allá del GATT mismo. El Grupo Especial en el asunto *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* decidió que el artículo XX no podía invocarse para justificar otra disposición (diferente a la mencionada en el párrafo anterior) del Protocolo de Adhesión de China.²¹⁴ Consideró que la referencia en el preámbulo del artículo XX al “presente Acuerdo” sugiere que las excepciones en él establecidas atañen únicamente al GATT de 1994, y no a otros acuerdos. También notó que los Miembros de la OMC han incorporado por referencia las disposiciones del artículo XX del GATT a otros acuerdos abarcados, por ejemplo, en el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC). Concluyó que el fundamento jurídico para aplicar las excepciones del artículo XX a las obligaciones MIC radica en el texto incorporado al Acuerdo sobre las MIC, no en el texto del artículo XX del GATT. También notó que otros Acuerdos de la OMC contienen sus propias excepciones, como las excepciones generales en el artículo XIV del AGCS. Otros Acuerdos abarcados, como los Acuerdos sobre los ADPIC, OTC o MSF, también contienen sus propias flexibilidades y excepciones. Por lo tanto, el Grupo Especial opinó que, si se hubiera querido que el artículo XX pudiera aplicarse a la sección 11.3 del Protocolo de Adhesión de China, se habría insertado un texto para sugerir esa relación.²¹⁵ La constatación del Grupo Especial de que China no podía recurrir a las excepciones generales del artículo XX del GATT para justificar sus derechos de exportación incompatibles con su Protocolo de Adhesión fue bien fundada, en general. Sin embargo, la opinión general del Grupo Especial de que las excepciones generales del artículo XX del GATT no se pueden aplicar a los demás acuerdos abarcados de la OMC es más dudosa. Esta cuestión de importancia sistémica debe analizarse caso por caso y no en términos tan generales.

Las disposiciones del GATT sirven como punto de partida para la mayoría de los acuerdos multilaterales en el comercio de bienes. En el caso de las subvenciones, el artículo VI del GATT (medidas compensatorias) y XVI (subvenciones en general) se aplican en conjunto con las disposiciones del Acuerdo SMC. En efecto, el objetivo principal del Acuerdo SMC es aumentar y mejorar las disciplinas del GATT relacionadas con el uso de subvenciones y medidas compensatorias.²¹⁶ Sería incongruente que el artículo XX del

esparcimiento, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010. Véase también Bradley J. Condon, Comentario sobre *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, Informe del Órgano de Apelación, año 1, número 1, Revista de Derecho Económico Internacional, 2010, pp. 97-112.

²¹⁴ Informe del Grupo Especial, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas (China – Materias primas)*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011.

²¹⁵ *Ibid.*, párrafos 7.152-7.154.

²¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS2133/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002, párrafo 73; Informe del Órgano de Apelación, *Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, párrafo 64. Sin embargo, el Acuerdo SMC va más allá de simplemente interpretar y aplicar los artículos VI, XVI y XXIII del GATT de 1947. Véase Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado (Brasil – Coco desecado)*, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de Marzo de 1997, página 15. También comparar el nombre del Acuerdo SMC (Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias), y el nombre del Acuerdo Antidumping (Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994). El primero no indica que sirve simplemente para interpretar y aplicar las disposiciones del GATT.

GATT se pudiera aplicar a los artículos VI y XVI del GATT, pero no al Acuerdo SMC mismo, sin evidencia de una intención contraria.²¹⁷ No obstante, esto asume que el artículo XX del GATT puede aplicarse a los artículos VI y XVI del GATT. No es muy claro de qué manera funcionaría en caso de medidas compensatorias. ¿Podrían las subvenciones ambientales, que cumplen con los requerimientos del artículo XX del GATT, no ser accionables y, por lo tanto, , por lo mismo, no estar sujetas a medidas compensatorias bajo la Parte V o acción multilateral bajo la Parte III del Acuerdo SMC? Este fue el caso para un rango limitado de subvenciones ambientales antes de que expirara el artículo 8 del Acuerdo SMC.²¹⁸ Dado que los negociadores desarrollaron excepciones y lenguaje específicos que estaban dirigidas a tratar las subvenciones ambientales, y no se incluyó el lenguaje del artículo XX o incorporó este mismo por referencia, lo que hace poco probable que el artículo XX del GATT pueda excluir alguna acción bajo las Partes III y V. Además, en el caso de las subvenciones que pueden dar lugar a una acción bajo la Parte III, los negociadores especificaron que el artículo 5 y 6 no aplicarían a las subvenciones mantenidas en los productos agrícolas como se estableció en el artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura.²¹⁹ Aunque el artículo 13 expiró desde entonces, esto indica que los negociadores habían considerado si excluían cierto tipo de subvenciones de la aplicación de la Parte III. De la misma manera, en la Parte V las excepciones para cierto tipo de subvenciones, incluyendo las subvenciones ambientales, se restringieron cuidadosamente.²²⁰

Sin embargo, las subvenciones ambientales podrían no ser recurribles bajo las Partes III y V del Acuerdo SMC si la diferencias en el impacto ambiental pueden usarse para concluir que los productos no son "similares" de la manera en que se utiliza este término dentro del Acuerdo.²²¹ Además, las subvenciones ambientales pueden estar creadas para no ser específicas a una empresa o industria bajo el artículo 2 del Acuerdo SMC y, por lo tanto, no ser recurribles bajo las Partes III y V. Sin embargo, si el Miembro importador produce productos similares ambientales a los que se benefician de subvenciones específicas en el Miembro exportador, las subvenciones podrían ser recurribles bajo las Partes III y V. Unos ejemplos en esta última categoría son las subvenciones de China para la producción de paneles solares²²² y los equipos de energía eólica.²²³

²¹⁷ Algunos pueden considerar que el artículo 8 del Acuerdo SMC es evidencia de una intención contraria.

²¹⁸ Ver artículos 8.1, 8.2 (c), 8.3, 10 y 31 del Acuerdo SMC. Ver también nota al pie 35.

²¹⁹ Ver artículos 5 y 6.9.

²²⁰ Ver artículos 8 y 10 y nota al pie 35.

²²¹ El término 'productos similares' se utiliza para una variedad de propósitos en el Acuerdo SMC. Es una cuestión clave en la Parte V en relación, *inter alia*, al comienzo de las investigaciones de sobre las medidas compensatorias (ver artículos 11.2 (i), 11.4, 16.1) y a la determinación de daño (ver artículos 15.1, 15.2, 15.3, 15.6) y, en la Parte III, en relación a la determinación de un perjuicio grave en los párrafos a, b, y c del artículo 6.3. Véase Condon, Bradly, *op. cit.*, nota 3. El término 'productos similares' se analizó arriba.

²²² Siete empresas estadounidenses productoras de paneles solares iniciaron una investigación sobre las supuestas subvenciones chinas en octubre de 2011. Véase Bradsher, Keith, "7 U.S. Solar Panel Makers File Case Accusing China of Violating Trade Rules", *The New York Times*, 19 de octubre de 2011, http://www.nytimes.com/2011/10/20/business/global/us-solar-manufacturers-to-ask-for-duties-on-imports.html?_r=1&hp=&pagewanted=all#.

²²³ *China – Medidas relativas a los equipos de energía eólica*, DS419, solicitud de celebración de consultas recibida el 22 de diciembre de 2010.

¿Qué pasa con las subvenciones prohibidas (las subvenciones a la exportación y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales)? Dichas subvenciones se presumen específicas bajo el artículo 2.3. El artículo 32.1 del Acuerdo SMC estipula que “[n]o podrá adoptarse ninguna medida específica contra una subvención de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo.” La nota 56 del Acuerdo SMC estipula que “esta cláusula no pretende excluir la adopción de medidas al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994, según proceda.” Sin embargo, el artículo 3.1 del Acuerdo SMC indica que las subvenciones a la exportación y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales están prohibidas “a reserva de lo expuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura”. Esto podría interpretarse como la exclusión de la aplicación de cualquier excepción al artículo 3.1 del Acuerdo SMC, incluyendo las excepciones generales del artículo XX del GATT.

No obstante, el preámbulo del Acuerdo sobre la Agricultura se refiere a “la necesidad de proteger el medio ambiente” y el artículo 14 del Acuerdo sobre la Agricultura indica que el Acuerdo MSF²²⁴ aplica de manera acumulativa al Acuerdo sobre la Agricultura. El preámbulo del Acuerdo MSF indica que se elabora con base a las reglas del GATT, en específico el artículo XX(b). De este modo, se podría argumentar que el Acuerdo sobre la Agricultura abre la posibilidad a la aplicación del artículo XX(b) del GATT. Sin embargo, el Acuerdo sobre la Agricultura sólo aplica a los “productos agrícolas” enlistados en el Anexo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura.²²⁵ Así, aunque se aceptara el argumento anterior, la aplicación del artículo XX(b) del GATT al artículo 3.1 del Acuerdo SMC podría estar limitado a la medidas que afectan estos bienes agrícolas. La conclusión más apropiada es que el artículo XX no se puede utilizar para justificar una violación al Acuerdo sobre la Agricultura. Más bien, las subvenciones ambientales que se aplican a los productos agrícolas deberían cumplir con los compromisos en las listas de los Miembros de la OMC. Como con las subvenciones ambientales para los productos no agrícolas, las subvenciones ambientales para los productos agrícolas pueden no ser recurribles bajo las Partes III y V del Acuerdo SMC por no ser específicos o porque las diferencias en el impacto ambiental son pertinentes en el análisis de si son productos similares, como se notó anteriormente.

Un argumento más general puede surgir a raíz de la aplicabilidad del artículo XX del GATT a todos los Acuerdos en el Anexo 1A, incluyendo el Acuerdo SMC, establecido en el argumento que todos los Acuerdos de la OMC son acumulativos y aplican de manera simultánea y que el principio de interpretación efectiva requiere que ambos derechos (como los del artículo XX) y obligaciones sean acumulativos.²²⁶ Sin embargo, el análisis anterior sugiere que la aplicabilidad del artículo XX del GATT a los otros acuerdos en el Anexo 1A tendría que considerar un acuerdo a la vez, incluso una disposición a la vez. Este enfoque es consistente con la perspectiva del Órgano de Apelación en el que la relación entre el GATT de 1994 y los otros acuerdos en el Anexo 1A deben considerarse caso por caso.²²⁷

A diferencia del Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF, el Acuerdo SMC no incorpora términos del artículo XX del GATT. Por lo tanto, la jurisprudencia sobre el artículo XX del GATT (y sobre términos parecidos en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF) no es pertinente

²²⁴ El Acuerdo MSF se analizó arriba.

²²⁵ Acuerdo sobre la Agricultura, artículo 2.

²²⁶ Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 11, pp. 874-875.

²²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Cacao desecado*, página 13.

para el Acuerdo SMC. Sin embargo, como se analizó en la sección sobre el término “productos similares”, la jurisprudencia sobre este término en el GATT (y en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF) podría ser relevante para la interpretación de este término en el Acuerdo SMC, porque en todos estos contextos el término “productos similares” determina la relación de competencia que existe entre productos. El Acuerdo SMC es un ejemplo de un acuerdo abarcado cuyo contexto puede limitar la “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC sobre el comercio de bienes en los casos de comercio y medio ambiente.

VII. Conclusión

La implementación de varias políticas ambientales tiene que tener en mente la manera en que se han interpretado y aplicado las disposiciones de varios acuerdos de la OMC. Además, las medidas ambientales podrían enfrentarse con varias cuestiones no resueltas en la jurisprudencia de la OMC. El artículo XX del GATT tendrá un papel importante en la determinación de la consistencia de medidas ambientales con el derecho de la OMC. Es probable que los acuerdos multilaterales ambientales sean pertinentes en la determinación de la consistencia de medidas ambientales con el artículo XX del GATT y las disposiciones de otros acuerdos que utilizan términos parecidos, como el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF y el AGCS. Sin embargo, es poco probable que el artículo XX del GATT pudiera justificar una violación del Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre la Agricultura, el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF, el Acuerdo sobre los MIC o el AGCS. Su aplicación a los demás acuerdos del Anexo 1A tendría que analizarse caso por caso.

Dada que los PMPs pueden ser pertinentes para determinar la similitud de productos en los artículos I y III del GATT el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC, este análisis podría servir para determinar la consistencia de algunas medidas ambientales con estos acuerdos, además de ciertas disposiciones del Acuerdo SMC y del Acuerdo Antidumping. Otra vez, tendría que analizarse caso por caso a la luz de la medida ambiental específica. Sin embargo, si las subvenciones ambientales se diseñan para no ser específicas a ciertas empresas o industrias, no estarán sujetas a las acciones multilaterales bajo la Parte III o las acciones unilaterales bajo la Parte V del Acuerdo SMC. Sin embargo, aunque no sean específicas, podrían ser prohibidas bajo la Parte II si están supeditadas a los resultados de exportación o al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Además, si las subvenciones se aplican a los productos agrícolas, tendrán que cumplir con los compromisos de los Miembros de la OMC bajo el Acuerdo sobre la Agricultura. En el caso de la subvenciones supeditadas a los resultados de exportación, el cumplimiento con el Acuerdo sobre la Agricultura podría blindar las subvenciones bajo el artículo 3.1(a) del Acuerdo SMC. Sin embargo, esta cuestión no está resuelta. Las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados sí tendrán que cumplir con el Acuerdo sobre la Agricultura y el artículo 3.1(b) del Acuerdo SMC.

La “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los acuerdos abarcados de la OMC sobre el comercio de bienes es importante para mantener la coherencia en la interpretación de los términos similares en los contextos similares. También es importante para asegurar un trato consistente de las medidas ambientales en distintos acuerdos abarcados, en el grado en que sea posible. Además, esta “polinización cruzada” en la interpretación judicial facilita el cumplimiento con el principio de efecto útil, lo cual requiere que se interprete a todos los términos de un tratado de forma que de sentido a todos, de una forma armoniosa. Sin embargo, hasta ahora las interpretaciones judiciales de

los términos del GATT han influido en las interpretaciones de los términos similares en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF, pero no viceversa. Esto podría atribuirse al hecho de que las últimas son relativamente recientes o podría ser porque ya existía bastante jurisprudencia pertinente sobre el GATT, pero no tanto sobre el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF. No obstante, sería mejor considerar toda la jurisprudencia pertinente bajo todos los acuerdos cuando se trata de casos de comercio y medio ambiente bajo cualquier de estos acuerdos.

Además de estos acuerdos de la OMC, el Acuerdo sobre los ADPIC puede ser pertinente para la implementación de ciertas políticas ambientales. Por ejemplo, existe un debate internacional importante sobre los derechos de la propiedad intelectual y la transferencia de tecnologías ambientales para combatir el cambio climático.²²⁸ Otros tratados internacionales también van a ser pertinentes, como los acuerdos sobre la protección de la inversión extranjera, los acuerdos comerciales regionales y los acuerdos ambientales. Existe cierto grado de “polinización cruzada” en la interpretación judicial de los Acuerdos de la OMC y la interpretación de ciertos términos en los acuerdos sobre la protección de la inversión extranjera y los acuerdos comerciales regionales. Además, varios acuerdos ambientales utilizan términos cuyo origen es el GATT. Por lo tanto, para mantener la coherencia entre estas ramas del derecho internacional público y mantener la consistencia en la interpretación de términos parecidos en contextos parecidos, la “polinización cruzada” en las interpretaciones judiciales internacionales va a ser cada vez más importante en el derecho internacional. Sin embargo, esta “polinización cruzada” más amplia tendría que ser el tema de otro artículo.

²²⁸ Véase Sinha, Tapen and Condon, Bradley, *op. cit.*, nota 2. Véase también Alberto do Amaral Júnior, *op. cit.*, nota 33, pp. 239-273.