

LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES PARA LA
PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE Y EL SISTEMA
MULTILATERAL DEL COMERCIO

Tesis doctoral que presenta
Miguel Ángel Elizalde Carranza

bajo la dirección del
Dr. Ángel José Rodrigo Hernández

Universitat Pompeu Fabra
Barcelona
2006

Dipòsit legal: B.48974-2006
ISBN: 978-84-690-3930-4

*Porque a nadie le hacia más ilusión que a ella
el hecho de que yo terminara el doctorado,
dedico esta tesis a la memoria de mi Madre*

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
PRIMERA PARTE	
LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO.....	39
CAPÍTULO I. LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.....	41
I. LOS TRATADOS MULTILATERALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	42
A) <i>Concepto y normas básicas de Derecho internacional.....</i>	43
B) <i>La clasificación de los tratados en bilaterales y multilaterales.....</i>	48
C) <i>Origen de los tratados multilaterales.....</i>	50
II. LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.....	51
A) <i>Concepto.....</i>	51
B) <i>Objeto de regulación.....</i>	53
C) <i>Evolución de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente.....</i>	57
III. CARACTERÍSTICAS DE LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.....	62
A) <i>Rasgos generales.....</i>	62
B) <i>La tendencia a crear regímenes internacionales dinámicos.....</i>	64
C) <i>La prohibición de formular reservas.....</i>	66
D) <i>La atención para los Estados no Partes.....</i>	68
E) <i>La solución de diferencias.....</i>	69
CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS COMERCIALES EN LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.....	73
I. LAS MEDIDAS COMERCIALES Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL.....	74
A) <i>Las externalidades producidas por el comercio.....</i>	74
B) <i>Las medidas comerciales en la protección del medio ambiente: clases</i>	76
C) <i>Formas que pueden adoptar las medidas comerciales ambientales.....</i>	80
II. LAS MEDIDAS COMERCIALES AMBIENTALES MULTILATERALES.....	82
A) <i>Las medidas comerciales ambientales adoptadas en un marco multilateral.....</i>	84
B) <i>Las medidas comerciales unilaterales adoptadas para apoyar los objetivos de un acuerdo multilateral de protección del medio ambiente.....</i>	88
III. LAS FUNCIONES, EFICACIA Y LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES AMBIENTALES.....	89
A) <i>Las funciones de las medidas comerciales multilaterales ambientales.....</i>	89
B) <i>La eficacia de las medidas comerciales multilaterales.....</i>	94
C) <i>La legalidad de las medidas comerciales multilaterales en el Derecho internacional general.....</i>	99

CAPÍTULO III. LA INFLUENCIA NORMATIVA DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN LOS AMUMA CON MEDIDAS COMERCIALES.....	103
I. LA RELACIÓN ENTRE EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.....	105
A) <i>La base teórica del libre comercio</i>	105
B) <i>El nacimiento del régimen internacional del comercio: El GATT (1947)</i>	106
C) <i>Las políticas ambientales como barrera comercial no arancelaria</i>	107
II. LAS PRIMERAS TENSIONES INTERNACIONALES ENTRE EL RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL MEDIO AMBIENTE.....	110
A) <i>El Asunto Atún/Delfines I</i>	110
B) <i>Las primeras críticas al GATT de los grupos ambientalistas</i>	112
C) <i>Un voto más a favor del multilateralismo: La Conferencia de Río</i>	115
III. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y SU RELACIÓN CON EL MEDIO AMBIENTE.....	118
A) <i>Las primeras respuestas del régimen del comercio internacional a la crítica de los grupos ambientalistas</i>	120
B) <i>El Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA)</i>	121
C) <i>Los esfuerzos actuales para abordar los conflictos entre el régimen del comercio internacional y la protección del medio ambiente: La Ronda del Desarrollo</i>	127

SEGUNDA PARTE

LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE LOS ACUERDOS QUE INTEGRAN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO	131
---	-----

CAPÍTULO IV. LAS NORMAS BÁSICAS SOBRE EL USO DE RESTRICCIONES CUANTITATIVAS EN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO.....	133
--	-----

I. LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS AL COMERCIO DE PRODUCTOS.....	134
A) <i>Concepto</i>	134
B) <i>La obligación básica en contra del uso de las restricciones cuantitativas en el comercio de mercancías</i>	136
C) <i>Las excepciones específicas a la prohibición general de las restricciones cuantitativas</i>	143
II. LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS AL COMERCIO DE SERVICIOS.....	148
A) <i>El comercio de servicios</i>	149
B) <i>Las barreras al comercio de servicios</i>	155
C) <i>La regulación de las restricciones cuantitativas al comercio de servicios</i>	158

CAPÍTULO V. LOS PRINCIPIOS DE NO-DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO.....	163
--	-----

I. EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN LOS ACUERDOS DE LA OMC.....	164
A) <i>El principio de trato nacional en el comercio de mercancías: Art. III del GATT</i>	164
B) <i>El principio de trato nacional en el comercio de servicios: Art. XVII del AGCS</i>	175
C) <i>El principio de trato nacional en la protección de la propiedad intelectual en la OMC: Art. III del Acuerdo sobre los ADPIC</i>	181
II. EL PRINCIPIO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN LOS ACUERDOS DE LA OMC.....	186

A)	<i>El principio de trato general de la nación más favorecida en el comercio de mercancías: Art. I del GATT.....</i>	186
B)	<i>El principio de trato de la nación más favorecida en el comercio de servicios: Art. II del AGCS.....</i>	189
C)	<i>El principio de la nación más favorecida en la protección de la propiedad intelectual en la OMC: Art. 4 del Acuerdo sobre los ADPIC.....</i>	192
	CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO.....	195
I.	LAS EXCEPCIONES AMBIENTALES EN EL COMERCIO DE MERCANCÍAS.....	196
A)	<i>Normatividad y hermenéutica del artículo XX del GATT.....</i>	197
B)	<i>La aplicación de los incisos b) y g) del artículo XX del GATT.....</i>	201
C)	<i>La interpretación de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT.....</i>	205
II.	LAS EXCEPCIONES GENERALES EN EL COMERCIO DE SERVICIOS.....	211
A)	<i>La cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS.....</i>	212
B)	<i>Las medidas necesarias para proteger la vida de las personas y animales y la salud de los vegetales: Art. XIV inciso B) del AGCS.....</i>	214
C)	<i>El debate sobre el alcance material de las excepciones ambientales del AGCS.....</i>	216
III.	LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC.....	218
A)	<i>La exigencia de interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC de manera que se apoye la protección de la salud y el interés público.....</i>	218
B)	<i>Las excepciones de patentabilidad para proteger el medio ambiente.....</i>	220
C)	<i>El examen del artículo 27.3 b) por el Consejo del Acuerdo sobre los ADPIC.....</i>	226
TERCERA PARTE		
	LA COMPATIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES COMERCIALES MULTILATERALES Y DE LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL COMERCIO CON LAS NORMAS DEL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO: CASOS DE ESTUDIO.....	229
	CAPÍTULO VII. LAS PROHIBICIONES COMERCIALES, LAS LIMITACIONES COMERCIALES PARCIALES Y LOS IMPUESTOS AMBIENTALES.....	231
I.	LAS PROHIBICIONES COMERCIALES.....	233
A)	<i>Las prohibiciones al comercio con Estados no Parte en el Protocolo de Montreal.....</i>	235
B)	<i>El estatus legal en el GATT de la aplicación de las prohibiciones comerciales a los Estados no Partes en el Protocolo de Montreal.....</i>	236
C)	<i>La justificación con base en las excepciones ambientales del artículo XX del GATT.....</i>	237
II.	LAS LIMITACIONES COMERCIALES PARCIALES: EL CASO DE LOS SISTEMAS DE LICENCIAS.....	243
A)	<i>Los requisitos para la obtención de licencias comerciales: CITES.....</i>	244
B)	<i>El estatus legal de la aplicación del sistema de licencias de CITES en el GATT.....</i>	245
C)	<i>La justificación con base en las excepciones del artículo XX del GATT.....</i>	248
III.	LOS INSTRUMENTOS FISCALES EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL.....	253
A)	<i>Las medidas de implementación doméstica del Protocolo de Kioto: las cargas o impuestos al carbón o energía.....</i>	255
B)	<i>La aplicación de los incisos b) y g) del artículo XX del GATT.....</i>	261

C)	<i>La aplicación de las condiciones de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT.....</i>	263
CAPÍTULO VIII. EL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO FUNDAMENTADO PREVIO Y LAS ECOETIQUETAS.....		265
I.	EL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO FUNDAMENTADO PREVIO.....	267
A)	<i>Los movimientos transfronterizos de OVM en el GATT.....</i>	272
B)	<i>La compatibilidad con el acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias.....</i>	275
C)	<i>La compatibilidad con el acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio.....</i>	286
II.	LAS ECOETIQUETAS.....	291
A)	<i>Los requisitos de ecoetiquetado en el Protocolo de Cartagena.....</i>	292
B)	<i>La determinación del acuerdo aplicable.....</i>	293
C)	<i>Las ecoetiquetas del Protocolo de Cartagena como reglamento técnico.....</i>	294
CAPÍTULO IX. LAS INTERACCIONES EMERGENTES ENTRE EL RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y LOS AMUMA.....		299
I.	LAS INTERACCIONES ENTRE EL CONVENIO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC.....	301
A)	<i>Los DPI como incentivos indirectos que afectan la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.....</i>	301
B)	<i>El acceso a los recursos biológicos y los efectos de los DPI en el reparto justo y equitativo de su utilización.....</i>	304
C)	<i>Los conocimientos tradicionales.....</i>	306
D)	<i>Los efectos del Acuerdo sobre los ADPIC en la transferencia de tecnologías.....</i>	313
II.	EL COMERCIO DE EMISIONES EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE KIOTO Y SU INTERACCIÓN CON LAS NORMAS DE LA OMC.....	320
A)	<i>El comercio de emisiones.....</i>	322
B)	<i>El debate sobre la naturaleza del comercio de emisiones.....</i>	325
C)	<i>El comercio de emisiones como potencial punto de interacción entre el Protocolo de Kioto y las normas de la OMC.....</i>	327
CUARTA PARTE		
EL REFORZAMIENTO MUTUO DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL COMERCIO INTERNACIONAL.....		335
CAPÍTULO X. LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL OSD DE LA OMC....		337
I.	LA SOLUCION DE DIFERENCIAS EN LA OMC.....	338
A)	<i>La vis atractiva del OSD de la OMC.....</i>	338
B)	<i>El debate sobre el carácter de “régimen autónomo” de la OMC.....</i>	340
II.	EL DERECHO APLICABLE POR EL OSD DE LA OMC.....	344
A)	<i>La tesis de los “acuerdos abarcados” como límites de la competencia substantiva y del derecho aplicable del OSD de la OMC.....</i>	344
B)	<i>La tesis del Derecho internacional como posible derecho aplicable por el OSD de la OMC.....</i>	347

III.	EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS “ACUERDOS ABARCADOS”.....	363
	A) <i>La interpretación teleológica de los “acuerdos abarcados”</i>	364
	B) <i>El principio de integración sistémica aplicado a las normas de la OMC</i>	367
CAPÍTULO XI. HACIA UNA INTERPRETACIÓN SOSTENIBLE DE LAS NORMAS DE LA OMC.....		373
I.	LOS LÍMITES AL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA OMC.....	374
	A) <i>El alcance de la función interpretativa</i>	375
	B) <i>El debate sobre el activismo judicial</i>	377
	C) <i>El activismo judicial del OSD de la OMC y sus límites</i>	382
II.	UN NUEVO ENFOQUE PARA LA CLÁUSULA DE TRATO NACIONAL DEL ARTÍCULO III DEL GATT...	387
	A) <i>El propósito normativo y el concepto “producto similar”</i>	388
	B) <i>La necesidad de redefinir el ámbito material de aplicación del artículo III del GATT...</i>	392
III.	UN CAMBIO EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO XX DEL GATT.....	396
	A) <i>El reconocimiento de los límites y las condiciones del artículo XX del GATT</i>	397
	B) <i>La interpretación sostenible de los incisos b) y g) del artículo XX del GATT</i>	399
	C) <i>Los elementos para determinar cuándo la discriminación está justificada</i>	404
CAPÍTULO XII. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE NATURALEZA LEGISLATIVA: UNA OPCIÓN PARA FAVORECER EL DESARROLLO SOSTENIBLE.....		407
I.	LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE NATURALEZA LEGISLATIVA DE ALCANCE GENERAL.....	409
	A) <i>Las enmiendas formales de las normas del Sistema Multilateral de Comercio</i>	410
	B) <i>Las interpretaciones definitivas de los acuerdos comerciales</i>	420
II.	LAS EXENCIONES O MODIFICACIONES DE OBLIGACIONES COMERCIALES DE ALCANCE LIMITADO.....	429
	A) <i>Las exenciones (waiver) de las obligaciones comerciales</i>	429
	B) <i>La modificación de obligaciones derivadas de los acuerdos comerciales por medio de acuerdos bilaterales o multilaterales</i>	431
III.	LA ADOPCIÓN DE LÍNEAS DIRECTRICES.....	434
	A) <i>Una directriz interpretativa para examinar la compatibilidad de las medidas comerciales multilaterales con las normas de la OMC</i>	435
	B) <i>La creación de un mecanismo consultivo voluntario</i>	437
CONCLUSIONES.....		439
BIBLIOGRAFÍA		461
JURISPRUDENCIA Y DECISIONES DE LOS GRUPOS ESPECIALES DEL GATT DE 1947 Y DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC.....		489
FUENTES DOCUMENTALES.....		495
DIRECTORIO DE PÁGINAS WEB.....		507
ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES.....		509

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ACAAN:	Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte
ADPIC:	Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AGCS:	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AMUMA:	Acuerdo Multilateral sobre el Medio Ambiente
BOE:	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CCAMLR:	Comisión para la conservación de los recursos vivos marinos antárticos
CCMA:	Comité de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial del Comercio
CDB:	Convenio sobre la diversidad biológica
CDI:	Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas
CE:	Comunidad Europea
CFC:	Clorofluorocarburos
CFP:	Procedimiento de consentimiento fundamentado previo
CIADI:	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ:	Corte Internacional de Justicia
CITES:	Convenio sobre Comercio Internacional de especies amenazadas de Flora y Fauna Silvestres
CMNUCC:	Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático
CPJI:	Corte Permanente de Justicia Internacional
CVDT:	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DPI:	Derecho de propiedad intelectual
ESD:	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio
FAO:	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT:	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IC:	Implementación conjunta
IISD:	Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible
LPMM:	Ley estadounidense de protección de los mamíferos marinos
MACI:	Grupo de las Medidas Ambientales y el Comercio Internacional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947
MARPOL:	Convención sobre la prevención de la contaminación por buques
MDL:	Mecanismo para un desarrollo limpio
MSF:	Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
NMF:	Nación Más Favorecida
OCDE:	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
OMC:	Organización Mundial del Comercio
ONG:	Organización no gubernamental
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
OSD:	Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio

OTC:	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
OVM:	Organismos vivos modificados genéticamente
PAFP:	Procedimiento de acuerdo fundamentado previo
PNUMA:	Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente
SMC:	Sistema Multilateral de Comercio
STA:	Sistema del Tratado Antártico
TLCAN:	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TN:	Trato Nacional
UCA:	Unidades de cantidad atribuida
UE	Unión Europea
UNCTAD:	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

INTRODUCCIÓN

I

La degradación del medio ambiente alcanza actualmente niveles sin precedentes en la historia y la pobreza afecta a una parte importante de la población mundial. No es extraño, por lo tanto, que estos problemas se cuenten hoy entre los principales desafíos a los que se enfrenta la Comunidad internacional¹.

Pese a haberse elevado los niveles de vida en algunas partes del planeta, el crecimiento económico de los últimos 50 años -definido como mayor producción y mayor consumo- ha supuesto una intensa explotación de recursos naturales para la producción de bienes y energía por encima de la capacidad de la Tierra para regenerarlos². El consumo de bienes y energía asociado al crecimiento económico también ha producido una gran cantidad de desperdicios superando el tiempo que sería necesario para que los ecosistemas los asimularan y nulificaran de forma natural. La degradación contemporánea ha alcanzado tal magnitud que hasta los estudios más serios advierten que, de continuar, el porvenir de las futuras generaciones puede verse amenazado³.

Ahora bien, aunque el crecimiento económico ha sido experimentado en todo el mundo, los niveles de vida no han aumentado de manera uniforme, por el contrario, hoy la disparidad entre los niveles de vida de los países denominados del Norte y los del

¹ *Plan para la ulterior ejecución del Programa 21*. Decimonoveno período extraordinario de sesiones Tema 8 del programa resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. UN Doc. A/RES/S-19/2, 19 de septiembre de 1997, párrs. 29 y 30; G. Tortella, *Los orígenes del siglo XXI: Un ensayo de la historia social y económica contemporánea*, 2da. Ed., Madrid: Gadir Editorial, 2006, p. 522; E. Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, 6ta. Ed., Barcelona: Critica, 2003, pp. 561-562.

² Sólo en los últimos 25 años la tierra ha perdido un tercio de su capital natural a consecuencia del crecimiento económico, excediendo en un 20 por ciento los límites de su capacidad regenerativa. J. Dooge y M. Brennan (eds), *An Agenda of Science for Environment and Development into the 21st Century*, Cambridge University Press, 1992, pp. 68 y 69; *El Informe Planeta Vivo* WWF/Adena, disponible en línea en <http://www.ecozona.org/noticias.asp?nw=151>; *International Herald Tribune*, 3 de noviembre de 1999.

³ Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, Madrid: Alianza Editorial S.A., 1992, p. 29.

Sur, por ubicarse unos y otros principalmente en estas latitudes del globo, son una característica del mundo actual⁴. Esto se debe a que los países del Norte han experimentado un crecimiento económico más acelerado que los países del Sur, al mismo tiempo que sus tasas de natalidad se han mantenido o, incluso, han disminuido. En términos generales, los niveles de vida en los países del Sur no han aumentado pues el crecimiento de su población ha sido perceptiblemente más acelerado que su crecimiento económico⁵. Las tendencias actuales de crecimiento demográfico del mundo no desarrollado continúan lo que hace prever que en el futuro estos países tendrán aún más dificultades para satisfacer las necesidades básicas de su población.⁶

Tanto las sociedades de alto consumo de los países desarrollados como la pobreza de los países en desarrollo representan una amenaza para el medio ambiente. Aunque los países desarrollados del Norte sólo representan cerca del 15% de la población mundial son responsables del 56% del consumo a escala global, mientras que el 40% de la población mundial ubicada en los países más pobres es responsable únicamente del 11% del consumo⁷. La pobreza, además, ha llevado a los países menos desarrollados a intensificar el deterioro y la explotación excesiva del medio ambiente, con el fin de incrementar sus exportaciones en su lucha por generar ingresos que les permitan hacer frente a las demandas de su creciente población, y realizar los pagos de las enormes deudas externas que los caracterizan⁸.

⁴ Las desigualdades entre los países ricos y en desarrollo son el tema principal del informe del Banco Mundial sobre el desarrollo mundial del 2006. Cfr. Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2006: Equidad y desarrollo*, New York: Oxford University Press, 2005.

⁵ Un quinto de la población mundial vive con menos de un dólar al día. Véase Banco Mundial, *Examen anual de la eficiencia en términos de desarrollo: Los aportes del Banco Mundial al alivio de la pobreza*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 5; *Johannesburg Summit 2002: Press Summary of the Secretary-General's Report On Implementing Agenda 21*, New York: United Nations Department of Public Information, January 2002.

⁶ Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*. . . , *op. cit.*, p. 123; G. Tortella, *Los orígenes del siglo XXI*. . . , *op. cit.*, p. 525.

⁷ *Johannesburg Summit 2002: Press Summary of the Secretary-General's* . . . , *op. cit.*

⁸ Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*. . . , *op. cit.*, p. 125.

Es en el objetivo del desarrollo sostenible en donde la Comunidad internacional cifra sus esperanzas de poder dar una solución común a los problemas ambientales y de desarrollo de los países más pobres. Formulado en la década de los 80 por la Comisión Brundtland, el desarrollo sostenible se define como: la política económica que se orienta a satisfacer las necesidades presentes, sin comprometer la habilidad de futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades⁹. De este modo, el desarrollo sostenible se constituye en un marco conceptual en el que convergen objetivos ambientales, económicos y sociales. Dada la compleja interacción entre las actividades económicas y el medio ambiente, no siempre es sencillo precisar las acciones concretas que se requieren para lograr el desarrollo sostenible. Sin embargo, es claro que para alcanzar el desarrollo sostenible es imprescindible que las políticas ambientales y económicas se apoyen mutuamente. En otras palabras, el crecimiento económico, aunque necesario, debe de ser racional y sensible de las limitaciones del medio natural. Por otro lado, y mientras su protección esté garantizada, los recursos naturales deben seguir siendo aprovechados para favorecer el desarrollo económico mundial y, en especial, de los países más pobres¹⁰.

En el plano normativo internacional, el apoyo mutuo entre las políticas ambientales y económicas a que hace referencia el desarrollo sostenible depende, al menos en parte, de favorecer las sinergias entre los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) y las normas del Sistema Multilateral del Comercio (SMC)¹¹. La Asamblea General de las Naciones Unidas en el Plan para la ulterior ejecución del Programa 21 (principal guía para procurar el desarrollo sostenible) así lo a

⁹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰ *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, Tomo II, Madrid: MOPT, 1992, párr. 2.19.

¹¹ IISD/UNEP, *Trade and Environment: A Hand Book*, 2nd. Ed., Canada: IISD/UNEP, 2005, p. 65; International Centre for Trade and Sustainable Development, “Los acuerdos ambientales multilaterales y el sistema multilateral del comercio”, *PUENTES entre el Comercio y el Desarrollo Sostenible*, Vol. 2, No. 2, Septiembre-Octubre 1999, p. 1.

ha reconocido al decir: “Es necesario que la Organización Mundial del Comercio [...] examinen los medios de lograr que el comercio y el medio ambiente se apoyen mutuamente, incluso mediante la debida observancia de los objetivos y principios del sistema multilateral de comercio y de las disposiciones de los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente”.¹²

Los AMUMA constituyen la forma más eficaz de abordar los problemas medioambientales internacionales¹³. Ya que el medio ambiente conforma una unidad ecológica, la degradación ambiental no respeta divisiones políticas y, por lo tanto, hace sentir sus efectos a escala global. Por consiguiente, la protección del medio ambiente es una necesidad y un deber compartido por todos los Estados de la Comunidad internacional¹⁴. Resaltando la importancia de la cooperación para proteger el medio ambiente C. Tomuschat ha escrito: “La protección del medio ambiente, si se intentara por un solo Estado o incluso por un grupo aislado de Estados, sería un esfuerzo inútil en la medida que el reto consiste en combatir una amenaza para la supervivencia de la raza humana que tiene una dimensión mundial”¹⁵. De este modo, los AMUMA son el

¹² *Plan para la ulterior ejecución del Programa 21. . . , op. cit., párr. 29, inciso i).*

¹³ *Resolución de la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente - Comunicación de la Comunidad Europea. OMC Doc. WT/CTE/W/170, 19 de octubre de 2000, párr. 4; Informe de 1996 del Comité de Comercio y Medio Ambiente. OMC. Doc. WT/CTE/1, 12 de noviembre de 1996, párr. 171.*

¹⁴ El principio 24, de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*, de 16 de junio de 1972, dispone: “...Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados. . .”. (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1). Otros instrumentos internacionales también consagran el deber de cooperación para la protección del medio ambiente, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2995(XXVII), 2996(XXVIII) y 2997 (XXVII) de 15 de Diciembre de 1972; Principio 21. a) de la *Carta Mundial de la Naturaleza*. ONU. Doc. A/37/51 (1982); Principio 7 del la *Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo*, de 14 de Junio de 1992 que añade al deber de cooperación el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1) Algunos autores, como J. Juste Ruiz, sostienen que el deber de cooperación es un principio expresivo de una pauta de comportamiento exigible a los sujetos de Derecho internacional. J. Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 69. Véase también O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 207.

¹⁵ C. Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des cours*, 1999, Tome 281, p. 263.

mecanismo de creación jurídica necesario para abordar los problemas ambientales que afectan a toda la Comunidad internacional.

El cumplimiento de los objetivos de los AMUMA puede proporcionar los recursos ecológicos y de otro tipo necesarios para mantener las actividades económicas, incluido el comercio internacional, favoreciendo así el logro del desarrollo sostenible¹⁶.

Por su parte, el SMC también juega un papel importante en los esfuerzos internacionales encaminados a alcanzar el desarrollo sostenible¹⁷. El comercio internacional facilita un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y su eficiente distribución a través de la explotación de aquellos sectores económicos que, gracias a la abundancia de recursos –naturales y humanos- o capacidad tecnológica, producen bienes o servicios en un determinado país a menor coste, algo que se conoce como “ventajas comparativas”¹⁸. De este modo, el comercio internacional permite a los distintos países, por un lado, vender sus productos a otros Estados que los producen a un costo más alto y, por otro lado, permite comprar productos extranjeros a un menor coste del que sería necesario si fueran producidos nacionalmente. Los estudios económicos indican que los Estados autárquicos o proteccionistas, es decir, que mantienen cerrados sus mercados nacionales al comercio, crecen en términos económicos más lentamente que los Estados que participan en el comercio internacional¹⁹.

El crecimiento económico potenciado por el comercio internacional, además de ser un medio para lograr el desarrollo de los países más pobres, beneficia al medio ambiente generando recursos que pueden ser destinados a su protección, elevando los

¹⁶ Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas. . . , *op. cit.*, párr. 2.19.

¹⁷ Plan para la ulterior ejecución del Programa 21. . . , *op. cit.*, párr. 29.

¹⁸ J. Tugores, *Economía Internacional: Globalización e Integración Regional*, 4ª edición, Madrid: McGraw Hill, 1999, p. 1. Véase también P. Krugman y M. Obstfeld, *Economía Internacional: Teoría y Política*, 4ª edición, Madrid: McGraw Hill, 1999, p. 100; J. Jackson, *The World Trading System*, 2nd edition, London: The MIT Press, 1997, p. 6; “Survey World Trade: Why Trade is Good for You?”, *The Economist*, October 3rd, 1998, p. 4.

¹⁹ “The Never Ending Question: Does Free Trade Fosters Economic Growth?”, *The Economist*, July 3rd, 1999.

niveles de vida y favoreciendo el surgimiento de sociedades ambientalmente más concientes²⁰.

El SMC aporta la base normativa e institucional para favorecer el comercio internacional. Actualmente, la Organización Mundial del Comercio (OMC) es la institución encargada de administrar el gran número de acuerdos comerciales de los que se compone el régimen del comercio internacional²¹. Con 149 miembros, acuerdos comerciales en ámbitos materiales tan diversos como el comercio de mercancías, servicios, aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio, y con un Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de competencia obligatoria que ha sido dotado con facultades para adoptar sanciones comerciales, la OMC es una de las instituciones internacionales de mayor influencia a escala internacional²².

Es claro que, en términos generales, los AMUMA y las normas de la OMC pueden tener una enorme importancia para el desarrollo sostenible, ya que el logro de sus objetivos genera beneficios mutuos. Sin embargo, entre estos ámbitos normativos pueden generarse interacciones negativas que produzcan precisamente el efecto contrario²³. Algunos AMUMA y las normas de la OMC regulan el uso de las medidas comerciales, para conseguir objetivos medioambientales, el problema es que lo hacen desde perspectivas distintas y, hasta cierto punto, contradictorias: mientras que para los AMUMA son un instrumento para lograr sus objetivos, las normas de la OMC, por lo

²⁰ R. Brand, "Sustaining the Development of International Trade and Environmental Law", *Vermont Law Review*, Spring 1997, p. 838. Véase también J. Jackson, "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?", *Washington & Lee Law Review*, Vol. 49, Fall 1992, p. 1228.

²¹ Véase J. Jackson, *The World Trading System. . .*, *op. cit.*; J. C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid: Civitas, 2001; D. Steger, "The World Trade Organization: A New Constitution for the Trading System", en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 135-153.

²² C. R. Kelly, "Power, Linkage and Accommodation: The WTO as an International Actor and Its Influence on Other Actors and Regimes", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, 2006, p. 84.

²³ J. Juste Ruiz, "Protección del medio ambiente y comercio internacional", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. VII, 2003, pp. 441-442.

general, están encaminadas a establecer marcos normativos que las prohíban²⁴. Es necesario, por lo tanto, examinar cómo pueden producirse estas interacciones para evitar que la protección del medio ambiente y el desarrollo se vean impedidos.

La OMC ha identificado más de 25 AMUMA que contemplan o tienen el potencial de adoptar medidas comerciales²⁵. En términos estrictamente cuantitativos hay que reconocer que el número de AMUMA con medidas de este tipo es muy bajo, ya que sólo representan aproximadamente un 10 por ciento de los tratados internacionales del medio ambiente en vigor. No obstante, la importancia de estos acuerdos no debe minimizarse, ya que entre ellos se encuentran aquellos destinados a hacer frente algunos de los problemas ambientales internacionales más apremiantes, como son: el sobre calentamiento de la tierra, la degradación de la capa de ozono, la extinción de especies animales y vegetales y la protección de la biodiversidad biológica, entre otros²⁶.

Las medidas comerciales empleadas por este tipo de acuerdos son variadas y se emplean también con fines diversos. Las restricciones cuantitativas a la importación o exportación se encuentran entre las más comunes y son utilizadas por los acuerdos ambientales básicamente con dos fines. Por un lado, las restricciones cuantitativas se utilizan como un instrumento para eliminar el mercado y la demanda de productos que afectan al medio ambiente. Por ejemplo, las restricciones a la importación de productos

²⁴ Por una “medida comercial” debe entenderse cualquier instrumento de política que adjunta requisitos, condiciones o restricciones a los productos importados o exportados o a sus procesos de importación o exportación. W. Lang, “Les mesures commerciales au service de la protection de l’environnement”, *Revue générale de Droit international public*, Vol. 99, No. 3, 1995, pp. 545-546. Cuando las restricciones comerciales son aplicadas para proteger el medio ambiente se dice que se trata de una medida comercial con fines ambientales o una medida comercial ambiental. OECD, *Utilisation de mesures commerciales dans le contexte des accords multilatéraux sur l’environnement. Rapport de synthèse sur trois études de cas*, OECD Working Papers, Vol. VII, No. 12, Paris 1999. OECD Doc. COM/ENV/TD (98) 127/FINAL, p. 11; C. Osakwe, “Finding New Packages of Acceptable Combinations of Trade and Positive Measures to Improve the Effectiveness of MEAs: A General Framework”, en: A. Fijalkowski y J. Cameron, *Trade and Environment: Bridging the Gap*, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 1998, p. 49.

²⁵ Véase *Matriz de las medidas comerciales adoptadas en el marco de determinados AMUMA*. OMC. Doc. WT/CTE/W/160 Rev.1 Anexo, 14 de julio de 2001; WT/CTE/W/160/Rev.2, 25 de abril de 2003. La secretaría se propone actualizar periódicamente la matriz. La actualización más reciente puede encontrarse en OMC. Doc. WT/CTE/W/160/Rev.3, TN/TE/S/5/Rev.1, 16 de febrero de 2005.

²⁶ IISD/UNEP, *Trade and Environment*. . . , *op. cit.*, p. 14.

elaborados con marfil pueden ayudar a la protección de los elefantes africanos, que son sacrificados únicamente para quitarles sus colmillos y comercializar con ellos. Por otro lado, este tipo de restricciones se utilizan para inducir a cooperar a terceros Estados que han decidido no vincularse a los acuerdos ambientales. Como ya hemos mencionado, los ecosistemas no respetan divisiones políticas de modo que es importante evitar que los países que tienen un impacto importante en el medio ambiente queden fuera de los marcos normativos. Las medidas comerciales son un instrumento de presión económica aplicados con el fin de lograr un cambio de actitud en los países renuentes a cooperar. Adicionalmente, este tipo de medidas pueden ayudar a hacer frente a los problemas de los “beneficiarios sin contrapartida” (conocidos por la doctrina anglosajona como “*free riders*”); es decir, aquellos países que no participan de las obligaciones de un acuerdo ambiental pero que se benefician, tanto económicamente, aprovechando la pérdida de competitividad de los países que sí asumen obligaciones de protección ambiental, como ambientalmente, a consecuencia de las mejoras en la calidad del medio natural resultantes de la aplicación del acuerdo²⁷.

Los impuestos ambientales también son utilizados por algunos AMUMA y sirven para cargar el coste de la contaminación a las fuentes contaminantes²⁸. Los procedimientos de información son un tipo más de medida comercial al que recurren

²⁷ Véanse, por ejemplo, el artículo VII, b) de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria –en lo sucesivo CIPF-, hecha en Roma el 6 de diciembre de 1951 (BOE, 4 de junio de 1959), enmendado en noviembre de 1976 y noviembre de 1979 (BOE, 28 de noviembre de 1979 y 16 de octubre de 1991); el Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres –en lo sucesivo CITES-, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 (BOE, 30 de julio 1986, No. 181); artículo 4.2 incisos e) y g) del Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación –en lo sucesivo Convenio de Basilea-, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989 (BOE, 22 de septiembre de 1994, No. 227); artículo 10. 4 inciso ii) del Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional –en lo sucesivo Convenio de Róterdam-, hecho en Róterdam el 10 de septiembre de 1998 (BOE, 25 de marzo de 2004, No. 73); artículo III.1 a), ii) del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes –en lo sucesivo Convenio de Estocolmo-, hecho en Estocolmo el 22 de mayo del 2001 (BOE, 23 de junio 2004, No. 151).

²⁸ En su artículo 2 el Protocolo de Kioto del Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –en lo sucesivo el Protocolo de Kioto-, del 11 de diciembre de 1997, autoriza el uso de instrumentos de mercado, como los impuestos ambientales, para favorecer el logro de sus objetivos (BOE, del 08 de febrero de 2005, No. 33).

algunos AMUMA. Los procedimientos de información pueden, por un lado, condicionar el comercio de elementos potencialmente nocivos a un acuerdo fundamentado previo entre los países interesados y, por otro lado, cuando adoptan la forma de sistemas de ecoetiquetas, son útiles para hacer del conocimiento público información referente al impacto ambiental de un producto²⁹.

Al margen de las medidas anteriores, determinados AMUMA contemplan el uso de instrumentos protección menos tradicionales, cuya incidencia comercial es indirecta. Ejemplos de éstos últimos son el comercio de derechos de emisión de gases que crean el efecto invernadero previsto en el Protocolo de Kioto o las del Convenio sobre la Diversidad Biológica sobre el reparto justo y equitativo de beneficios resultantes por el uso de los recursos genéticos, la transferencia de tecnológica o la protección de los conocimientos tradicionales³⁰.

Desde el régimen del comercio internacional, las medidas comerciales se ven desde una perspectiva muy diferente. Las barreras comerciales son el anatema de los expertos en comercio internacional ya que, como hemos mencionado, impiden la explotación de las ventajas comparativas y la distribución eficiente de los recursos naturales³¹. Así, el régimen del comercio internacional, cuya primera piedra se puso en 1947 con la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y que se ha institucionalizado con la formación de la OMC en 1994, nació con

²⁹ Entre los principales acuerdos que aplican controles comerciales a través de la implementación del procedimiento del consentimiento fundamentado previo o de un sistema de etiquetado ecológico se encuentran: el Convenio de Basilea (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, No. 227); el Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (*BOE*, 1º de febrero de 1994, No. 27); el Convenio de Róterdam (*BOE*, 25 de marzo de 2004, No. 73) y el CITES (*BOE*, 30 de julio de 1986, No 181).

³⁰ Véase Protocolo de Kioto (*BOE*, del 08 de febrero de 2005, No. 33); Convenio sobre la Diversidad Biológica (*BOE*, 1º de febrero de 1994, No. 27).

³¹ J. Tugores, *Economía Internacional*. . . , *op. cit.*, p. 1; P. Krugman y M. Obstfeld, *Economía Internacional*. . . , *op. cit.*, p. 100; J. Jackson, *The World Trading System*. . . , *op. cit.*, p. 6; "Survey World Trade: Why Trade is Good for You?", *The Economist*, October 3rd, 1998, p. 4.

el objetivo de favorecer el desarrollo económico a través de la eliminación paulatina de las barreras comerciales³².

En los acuerdos comerciales de la OMC las restricciones comerciales, por lo general, están prohibidas. El GATT, por ejemplo, prohíbe la aplicación de restricciones cuantitativas a los productos en su artículo XI y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) hace lo propio en el sector del comercio de servicios en el artículo XVI. Este tipo de prohibiciones se ven reforzadas con prohibiciones a la discriminación entre productos o servicios similares nacionales y extranjeros o entre extranjeros que compiten entre sí, incorporados a los artículos I y III del GATT, II y XVII del AGCS. El Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) en su artículo 3.1 incluye una versión de la prohibición a la discriminación entre nacionales y extranjeros, adaptada a las necesidades propias de su ámbito material normativo³³.

Dada la membrecía prácticamente universal de la OMC, con frecuencia los Estados parte en los AMUMA están obligados, no sólo a respetar las obligaciones ambientales establecidas en tales acuerdos, sino también las obligaciones comerciales previstas en los acuerdos del régimen del comercio internacional. Así, es posible que la aplicación de una restricción comercial aplicada para proteger una especie en peligro de extinción prevista en un AMUMA, por ejemplo, en el contexto del Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres (CITES), implique una violación de alguno de los acuerdos de la OMC, por ejemplo, el artículo

³² La Ronda Uruguay de negociaciones multilaterales, que finalizó con la firma de los acuerdos de Marrakech el 1 de abril de 1994, produjo profundos cambios en el régimen del comercio internacional: después de cincuenta años de historia del GATT formalmente se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC). Las funciones principales encomendadas a la OMC fueron administrar los acuerdos comerciales del SMC, servir de foro de negociaciones y supervisar las políticas comerciales de sus miembros. Véase en general A. M. Ávila, J. A. Castillo y M. A. Díaz, *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*, Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

³³ El texto del GATT, el AGCS y del Acuerdo sobre los ADPIC puede consultarse en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994.

XI del GATT que prohíbe las restricciones cuantitativas³⁴. En determinados casos, las interacciones entre las normas de la OMC y los AMUMA de incidencia comercial son menos claras. Este es lo que sucede con el comercio de emisiones previsto en el Protocolo de Kioto, que no se sabe si pueden considerarse una mercancía o un servicio regulados por el GATT o posiblemente por el AGCS³⁵. Aunque lo más probable que no queden comprendidos en ninguno de estos acuerdos, el riesgo de que se presente interacciones entre estos ámbitos existe, de modo que no puede descartarse³⁶. También existe cierta incertidumbre respecto de la forma en que el Acuerdo sobre los ADPIC puede afectar el cumplimiento de las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica sobre reparto justo y equitativo de los recursos biológicos, la transferencia de tecnología y la protección de los conocimientos tradicionales³⁷.

³⁴ Existe abundante literatura sobre los posibles conflictos entre los AMUMA y el régimen del comercio internacional, véase por ejemplo: C. Crawford, “Conflicts Between the Convention on International Trade in Endangered Species and the GATT in the Light of Actions to Halt the Rhinoceros and Tiger Trade”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 7, Spring 1995, pp. 555-585; C. R. Fletcher, “Greening World Trade: Reconciling GATT and Multilateral Environmental Agreements Within the Existing World Trade Regime”, *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 5, Spring 1996, pp. 341-372; S. Wen-Chen, “Multilateralism and the Case of Taiwan in the Trade Environment Nexus—The Potential Conflict between CITES and the GATT/WTO”, *Journal of World Trade*, Vol. 30, No. 3, June 1996, pp. 109-140; C. Wold, “Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?”, *Environmental Law*, Vol. 26, Fall 1996, pp. 841-921; A. E. Brunner, “Conflicts Between International Trade and Multilateral Environmental Agreements”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 4, Fall 1997, pp. 74-102; R. L. Winter, “Reconciling the GATT and WTO with Multilateral Environmental Agreements: Can we Have our Cake and Eat it Too?”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 11, Winter 2000, pp. 223-255; B. Condon, “Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9, Spring 2002, pp. 533-567.

³⁵ J. Werksman, “Greenhouse Gas Emissions Trading and the WTO”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 8, No. 3, 1999, pp. 255; S. Jinnah, “Emissions Trading under the Kyoto Protocol: NAFTA and WTO concerns”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 15, Summer, 2003, p. 721; National Board on Trade, *Climate and Trade Rules—Harmony or Conflict*, Stockholm: Kommerskollegium, 2004, p. 22.

³⁶ S. Charnovitz, “Trade and Climate: Potential Conflicts and Synergies” en: AA. VV., *Beyond Kyoto: Advancing the International Effort Against Climate Change*, Pew Center on Climate Change, 2003, p. 152.

³⁷ Para un examen de los distintos tipos de interacciones que pueden producirse entre estos acuerdos véase R. Tarasofsky, “The Relationship Between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity: Towards a Pragmatic Approach”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 6, No. 2, 1997, pp. 148-156; M. Melgar, *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Ahora bien, tanto las normas de la OMC y como los AMUMA son tratados internacionales a los que el Derecho internacional público reconoce el mismo valor jurídico, es decir, entre ellos no existe ninguna jerarquía³⁸. En consecuencia, si se diera una diferencia en relación a una materia regulada por ambos sistemas normativos, los mecanismos de solución de diferencias de ambos regímenes serían igualmente competentes para resolverla³⁹. De hecho, existe un antecedente de una controversia sobre aspectos comerciales entre Comunidad Europea y Chile en la que se intentó iniciar de forma simultánea un procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC y del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, aunque los procedimientos en ambas instancias se suspendieron porque las partes llegaron a un acuerdo⁴⁰.

La diferencia entre la Comunidad Europea y Chile, además de mostrar que es posible que se produzca una “competencia de jurisdicciones” (en la doctrina anglosajona “*forum shopping*”) entre la OMC y los AMUMA, es prueba de que es incorrecto asegurar, como hacen algunos miembros de la OMC, que los países que han concertado entre sí un acuerdo ambiental no cuestionaran la legalidad de las medidas

³⁸ H. Weiler y A. Paulus, “The Structure of Change in International law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 8, No. 4, 1997, pp. 545-566.

³⁹ G. Marceau, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction, The relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, *Journal of World Trade*, Vol. 35, N. 6, 2001, pp. 1081-1131; J. Pauwelyn, “Going Global, Regional, or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and other Jurisdictions”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 13, summer 2004, pp. 231-304; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

⁴⁰ La Comunidad Europea, actuando en favor de España, sostuvo que sus flotas pesqueras que operan en el Océano Pacífico, por virtud de una legislación chilena, no podían realizar desembarcos de pez espada en los puertos chilenos. La CE consideró que, en consecuencia, Chile hacía imposible el tránsito de pez espada a través de sus puertos. Por tal motivo, el 12 de diciembre del 2000 solicitó el establecimiento de un Grupo Especial de la OMC por la supuesta violación de los artículos V y XI del GATT. Chile por su parte solicitó, *inter alia*, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar que se pronunciara sobre si la CE estaba cumpliendo sus obligaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar derivadas del artículo 64 (que pide la cooperación para la protección de especies altamente migratorias), 116-119 (relativos a la conservación de recursos marinos vivos que habitan en alta mar), 297 (relativo a la solución de diferencias) y 300 (sobre la buena fe y el abuso de derecho). En marzo de 2001, la CE y Chile acordaron suspender la constitución del Grupo Especial en la OMC (Reiterando el acuerdo en noviembre de 2003). En el mismo mes, las partes informaron al Tribunal Internacional del Derecho del Mar que habían llegado a un acuerdo provisional solicitando la suspensión del procedimiento. Recientemente, en enero de 2004, esta suspensión ha sido reiterada y prorrogada por dos años.

relacionadas ese acuerdo en la OMC⁴¹. De hecho, hay razones para pensar que, pese a la igualdad jurídica en el plano internacional, las diferencias en el grado de institucionalización generalmente tenderán a favorecer una mayor influencia normativa del OSD de la OMC. A diferencia de lo que sucede en el contexto de régimen del comercio internacional, los AMUMA, además de que no cuentan con una institución equivalente a la OMC para administrar el gran número de acuerdos ambientales en vigor⁴², por lo general, tienden a adoptar una posición menos contenciosa cuando requieren abordar cuestiones de incumplimiento de sus Estados Parte. Esto se debe a que, como dijo en una ocasión la Corte Internacional de Justicia: “El carácter a menudo irreversible de los daños ambientales exige un enfoque preventivo más que sancionador”⁴³. En consecuencia, los procedimientos contenciosos tienen en los AMUMA un carácter residual, predominando los mecanismos de solución de diferencias que buscan facilitar el cumplimiento por los Estados parte conocidos como “mecanismos de incumplimiento”⁴⁴. De este modo, la competencia obligatoria y exclusiva del OSD le concede, en palabras de P. Zapatero, una *ventaja comparativa institucional* frente a las instancias judiciales de los AMUMA –ahí donde existan- que probablemente atraerá a su jurisdicción todas las diferencias que puedan afectar a algún aspecto regulado por el Derecho de la OMC⁴⁵.

⁴¹ Comunicación de Nueva Zelanda - *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente* -. OMC. Doc. WT/CTE/W/20, 15 de febrero de 1996, párr. 45.

⁴² F. Paolillo, “Fuentes y Evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 362; L. Sánchez de Munián, *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del Medio Ambiente [Aspectos Jurídicos]*, Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2000, p. 31.

⁴³ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, ICJ Recueil 1997, párr. 140.

⁴⁴ G. Loibl, “Dispute Avoidance and Dispute Settlement in Environmental Law: Some Reflections on Recent Developments”, *Curso de Derecho internacional*, Vol. XXIV, pp. 1-126; R. Wolfrum, “Means of Ensuring Compliance With and Enforcement of International Environmental Law”, *Recueil des cours*, Vol. 272, 1998, pp. 13-154.

⁴⁵ P. Zapatero, *Derecho del comercio global*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 470-471.

El OSD de la OMC juega, de este modo, un papel crucial en los esfuerzos internacionales por favorecer el apoyo mutuo entre el régimen del comercio internacional y los AMUMA de incidencia comercial de conformidad con el desarrollo sostenible. En otras palabras, las cuestiones prácticas que surgen de la necesidad de lograr el apoyo mutuo entre los AMUMA y el régimen del comercio internacional dependen, en gran medida, de que la interpretación de las normas de la OMC favorezcan las sinergias entre éstos ámbitos normativos.

Es importante señalar que el compromiso con el libre comercio que asumen los Estados por formar parte del régimen del comercio internacional no les priva totalmente de sus facultades normativas en el ámbito doméstico. Los Estados conservan sus facultades soberanas para adoptar las políticas necesarias –que pueden ser restricciones comerciales- con el fin de lograr objetivos de orden público, como la protección del medio ambiente o la salud⁴⁶. El equilibrio entre la prohibición general de aplicar restricciones al comercio y el principio de *soberanía normativa doméstica*, se logra a través de un sistema de regla general y excepción. Las excepciones a los principios de no-discriminación y a la prohibición de las restricciones cuantitativas se contemplan en disposiciones como el artículo XX del GATT. Sus apartados b) y g) permiten la adopción de las restricciones comerciales que sean necesarias para proteger diversos elementos del medio ambiente, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en la cláusula introductoria, que prohíbe la discriminación arbitraria o injustificada y las restricciones encubiertas al comercio internacional. Asimismo, en el AGCS prevé excepciones similares y el Acuerdo sobre los ADPIC establece excepciones específicas propias⁴⁷.

⁴⁶ E. Petersmann, *International and European Trade and the Environmental Law after the Uruguay Round*, The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 18.

⁴⁷ Véase el inciso b) del artículo XIV del AGCS y el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Es claro que formalmente las normas de la OMC no son incompatibles con los AMUMA de incidencia comercial y no tendrían porqué restarles eficacia, pues, aunque las restricciones comerciales están generalmente prohibidas, las excepciones ambientales existentes podrían justificar una medida comercial aplicada por un miembro para lograr los objetivos de un AMUMA. Por lo tanto, los AMUMA y las normas de la OMC pueden y deben apoyarse mutuamente de conformidad con el objetivo del desarrollo sostenible. Sin embargo, los problemas podrían presentarse si las normas de la OMC, y de modo muy especial sus excepciones ambientales, son interpretadas por el OSD de tal forma que ilegitimen una restricción comercial adoptada por un miembro para lograr los objetivos de un AMUMA⁴⁸. Hay razones que inducen a pensar que esta es una posibilidad.

En diversas ocasiones los Estados miembros de la OMC (y antes del GATT) han aplicado restricciones comerciales para lograr objetivos ambientales establecidos en sus leyes nacionales. Este tipo de medidas son conocidas como medidas unilaterales, es decir, son medidas comerciales adoptadas por un Estado sin la cooperación, consentimiento de otros Estados o institución internacional, para asegurar el logro de objetivos ambientales definidos por sus procesos políticos domésticos⁴⁹. Las medidas unilaterales no son en sí mismas contrarias a las normas de la OMC ya que ningún acuerdo comercial las prohíbe expresamente⁵⁰, sin embargo, hasta ahora, ninguna

⁴⁸ Aquí conviene aclarar que el OSD de la OMC no tiene competencia para declarar la ilegalidad de un AMUMA que autoriza una restricción comercial, ni siquiera en el supuesto de que sea frontalmente contraria a las obligaciones comerciales cuyo cumplimiento tutela. El OSD únicamente tiene competencia para pronunciarse sobre la legalidad de las restricciones comerciales que adopten sus miembros; eso sí, el hecho de que un miembro adopte una medida para lograr los objetivos de un AMUMA no es un motivo que limite las competencias del OSD. Esto se debe a que, como ya hemos mencionado, conforme al Derecho internacional público no existe una jerarquía entre los AMUMA y las normas de la OMC o sus mecanismos de solución de diferencias.

⁴⁹ B. Anderson, "Unilateral Trade Measures and the Environmental Protection Policy", *Temple Law Review*, Vol. 66, No. 3, Fall 1993, p. 754; B. Bilder, "The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environmental Injury". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1981, Vol. 14, No.1, p. 53.

⁵⁰ Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*. OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párr. 121; M. A. Elizalde, "La legalidad de las medidas comerciales unilaterales para proteger el

medida de este tipo ha logrado ser considerada compatible con las normas del GATT/OMC o justificarse en sus excepciones ambientales⁵¹. Esto se ha debido a que las normas del GATT y en particular las excepciones ambientales del artículo XX han sido interpretadas de forma restrictiva y, en muchos casos, tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación han incorporado condiciones que no encuentran apoyo en el texto de los acuerdos comerciales⁵². Aunque las interpretaciones individuales de los acuerdos comerciales por el OSD no crean precedentes obligatorios para las futuras diferencias, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación sólo rara vez se apartan de la forma en que han sido las normas anteriormente, hasta tal punto que algunos autores sostienen que en la OMC sigue *de facto* el principio de *stare decisis*⁵³. Existe, por lo tanto, el riesgo de que la aplicación de una medida comercial en el contexto de un AMUMA enfrente las mismas dificultades que las medidas unilaterales para ser

Medio Ambiente en el Sistema Multilateral del Comercio”, *Revista interdisciplinaria de gestión ambiental*, Vol. 6, No. 67, 2004, pp. 29-42.

⁵¹ Véase informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Prohibición a las importaciones de atún y productos de atún procedentes de Canadá*, L/5198, adoptado el 22 de febrero de 1982, 29S/97. Informe del Grupo Especial en el asunto *Canadá - Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*. GATT Doc. BISD 35S/109, adoptado el 22 de marzo de 1988. Informe Grupo Especial en el asunto *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos e impuestos internos sobre cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990. Informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún* de 1991, GATT Doc. DS21/R - 39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Informe no adoptado). Informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún* de 1994. GATT Doc. DS29/R, de 29 de junio de 1994 (Informe no adoptado). Informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – impuestos aplicados a los automóviles* GATT Doc. DS31/R, 11 de octubre de 1994. Informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC Doc. WT/DS2/R, del 29 de enero de 1996. Reporte del Órgano de Apelación que en el asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996. Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos- Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*. OMC. Doc. WT/DS58/R, 15 de mayo de 1998; Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*. OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998.

⁵² S. Gaines, “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeu: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Winter 2001, pp. 739-823; D. Mcrae, “GATT Article XX and the WTO Appellate Body”, en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Great Britain: Kluwer Law International, 2000, pp. 219-236.

⁵³ R. Bhala, “The Myth About *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy)”, *American University International Law Review*, Vol. 14, 1999, p. 936; R. Bhala, “The Power of the Past: Towards *De Jure Stare Decisis* in the WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)”, *George Washington International Law Review*, Vol. 33, 2001, pp. 873-978.

declarada compatible con las normas de la OMC, restando eficacia a los esfuerzos internacionales de protección ambiental y obstaculizando el logro del desarrollo sostenible. Este es el objeto material de estudio de la tesis: examinar la relación de las medidas comerciales adoptadas en el contexto de un AMUMA con las normas del SMC.

Para algunos miembros de la OMC, las medidas comerciales previstas en los AMUMA, dadas sus características, tienen mayores opciones que las medidas unilaterales de ser declaradas compatibles con las normas de la OMC⁵⁴. Estas opiniones se basan esencialmente en dos argumentos. Por un lado, en la preferencia por las medidas basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales que afectan a más de un Estado, expresada en el principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo y confirmada por los Grupos Especiales del GATT y el Órgano de Apelación de la OMC. Por otro lado, en que el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de la OMC actualmente está examinando la relación de las normas de la OMC y los AMUMA de incidencia comercial con el fin de determinar si es necesario o no realizar alguna enmienda normativa que evite los conflictos entre estos campos. Sin embargo, hay razones para pensar que, en el mejor de los casos, estas opiniones podrían resultar ser sólo parcialmente correctas.

El principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo textualmente dispone:

Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o

⁵⁴ Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente a la Conferencia Ministerial de Singapur. OMC Doc. WT/CTE/1, parr. 174 v); Comité de Comercio y Medio Ambiente, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente* - Comunicación de Nueva Zelanda. OMC. Doc. WT/CTE/W/20, febrero de 1996, párr. 45.

mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional.⁵⁵

La preferencia por las medidas basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales internacionales se debe a que estas últimas pueden, aunque no sea así en todos los casos, utilizarse para proteger a los productores nacionales de la competencia extranjera argumentando una falsa preocupación por el medio ambiente. En cambio, las medidas multilaterales dejan menos espacio a la duda de que los objetivos perseguidos sean auténticamente ambientales. Las medidas comerciales ambientales multilaterales son definidas por P. Demaret como aquellas que resultan del consenso internacional enmarcado en un AMUMA o en acuerdos internacionales que, a pesar de no regular al medio ambiente de forma directa, contienen medidas comerciales de conservación⁵⁶.

En la formulación del principio 12 mucho influyó que, un año antes de la Conferencia de Río, el Grupo Especial en el asunto *Atún/Delfines I* diera a entender que, a pesar de ser contrarias al GATT, las medidas que buscan inducir cambios en las políticas ambientales de terceros países podrían salvar las cuestiones de legalidad si en lugar de ser adoptadas unilateralmente, como en el caso habían hecho los Estados Unidos, se adoptaban por las Partes Contratantes conjuntamente⁵⁷. Formada la OMC, el Órgano de Apelación en el asunto *Camarón-Tortugas*, apoyándose en el principio 12 de la Declaración de Río, sostuvo que la medida que en el caso examinaba era discriminatoria y no podía justificarse en las excepciones ambientales del artículo XX del GATT, porque el país que la había aplicado no realizó previamente esfuerzos de

⁵⁵ Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo, de 14 de Junio de 1992 (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁵⁶ P. Demaret, "TREM's, Multilateralism, Unilateralism and the GATT", en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994, p. 52.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún* de 1991. . . *op. cit.*, párr. 6.4.

buena fe para lograr un acuerdo internacional de protección con todos los países afectados por la restricción⁵⁸. Más aún, Malasia, país afectado por la restricción en el caso anterior, inició un procedimiento adicional en el que aseguraba que Estados Unidos no estaba cumpliendo con las recomendaciones del Órgano de Apelación que le ordenaba poner en conformidad la medida con sus obligaciones comerciales. En este procedimiento el Grupo Especial dijo: “En un contexto como el presente, en el que es claramente preferible un acuerdo multilateral, y en el que las medidas como las adoptadas por los Estados Unidos en este caso sólo pueden ser aceptadas en el marco del artículo XX si están autorizadas por un acuerdo internacional, o si son adoptadas tras la realización de esfuerzos serios y de buena fe encaminados a lograr un acuerdo multilateral. . .”⁵⁹.

Aunque es natural interpretar los pronunciamientos anteriores como un voto a favor del multilateralismo desde el OSD de la OMC, algunos aspectos legales y de contexto en el que se han producido obligan a evitar cualquier conclusión categórica en ese sentido. Por un lado, es importante enfatizar que, pese a la preferencia de las medidas multilaterales sobre las unilaterales, las normas de la OMC formalmente no hacen distinción entre unas y otras. De este modo, nada garantiza que las medidas comerciales multilaterales, ante una eventual diferencia, correrán mejor suerte que las medidas unilaterales. La Declaración de Río tampoco aporta ninguna garantía en ese sentido ya que es un instrumento de *soft law* (legislación blanda), cuyos principios

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 172.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial en sobre el recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD del caso *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*, OMC. Doc. WT/DS58/ RW, de fecha 15 de junio de 2001 párr. 5.88.

sirven sólo para orientar las políticas comerciales y ambientales de los países firmantes, en otras palabras, no contiene disposiciones vinculantes⁶⁰.

Más aún, una lectura detenida de los hechos analizados en el asunto *Camarón-Tortugas* indican que, más que intentar establecer una preferencia por las opciones multilaterales, el Órgano de Apelación estaba simplemente intentando evitar la discriminación. En el caso, la restricción comercial estaba basada en una ley que exigía a los Estados Unidos celebrar negociaciones de buena fe con vistas a lograr un acuerdo de protección ambiental con todos los países que pudieran verse afectados⁶¹. Al haber realizado los Estados Unidos negociaciones con unos países pero no con otros, encontrándose los apelantes entre los países con los que no se negoció, el Órgano de Apelación sostuvo que la medida no estaba justificada al ser discriminatoria⁶². Es difícil imaginar que el “voto” a favor del multilateralismo del Órgano de Apelación se hubiera producido del todo si la ley estadounidense, en lugar de exigir la celebrar negociaciones, hubiera, por ejemplo, exigido que se suministrara ayuda financiera. En este supuesto, el Órgano de Apelación habría tenido que determinar si la medida era discriminatoria analizando si todos los países habían recibido la ayuda exigida por la ley. Vista de este modo, la preferencia por el multilateralismo del Órgano de Apelación parecer tener más un carácter meramente circunstancial que intencionado⁶³.

⁶⁰ N. Kuei-Jung, “Contemporary Prospects for the Application of Principle 12 of the Rio Declaration”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 14, Fall 2001, pp. 18–19.

⁶¹ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 167.

⁶² *Ibid.*, párrs. 169 y 172.

⁶³ Estos argumentos se ven reforzados si consideramos que, como el propio Órgano de Apelación reconoce, la medida examinada pretendía preservar una especie en peligro de extinción protegida por uno de los AMUMA con mayor membrecía, CITES, en el que figuran como parte contratantes todos los países involucrados en la diferencia y que prevé el uso de medidas comerciales como instrumento de protección. En cualquier caso hay que decir que CITES regula en comercio de las especies protegidas en sí mismas y no establece provisiones comerciales a los procesos y métodos de producción aunque amenacen la supervivencia de las especies que protege. Véase Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 135, nota al pie 121.

Adicionalmente, los razonamientos del Grupo Especial en el procedimiento sobre el incumplimiento iniciado por Malasia, en el que sostuvo que sólo pueden justificarse en el artículo XX del GATT las medidas autorizadas en un acuerdo ambiental o las que son adoptadas posteriormente a la realización de esfuerzos de negociar, difícilmente podría influenciar las futuras interpretaciones de esta disposición porque se circunscriben únicamente al caso en el que fueron pronunciadas. El procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento por el que se rige la solución de diferencias en la OMC puede iniciarse solamente para verificar si un Estado ha cumplido con una recomendación previa del OSD⁶⁴. En el asunto *Camarón-Tortugas* el Órgano de Apelación recomendó a los Estados Unidos que pusiera en conformidad la medida en cuestión conforme a sus obligaciones comerciales, en otras palabras, que eliminará, entre otras cosas, la discriminación que producía el hecho de que se hubieran realizado negociaciones con unos Estados pero no con otros. Así, es lógico que el Grupo Especial dijera que, en el examen sobre el cumplimiento de las recomendaciones del Órgano de Apelación del *caso concreto*, la medida sólo se justificaría si se había adoptado en un contexto multilateral o después de haber realizado las negociaciones de buena fe para alcanzar un acuerdo de protección. Si el Órgano de Apelación hubiera recomendado, por ejemplo, que los Estados Unidos debía eliminar la discriminación producida por no haber aportado ayuda financiera a todos los países posiblemente afectados, en el supuesto de que así lo hubiera exigido la ley que dio lugar a la aplicación de la medida comercial, entonces el Grupo Especial habría tenido que decir que *en el caso concreto* la medida solo se justificaría en el artículo XX si todos lo países habían recibido la ayuda financiera, ya que su función es garantizar que se cumplan con las recomendaciones del Órgano de Apelación.

⁶⁴ Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 420-450.

Ahora bien, incluso si damos por sentado que efectivamente las medidas multilaterales recibirán un trato preferencial por el OSD de la OMC, debemos decir que no todas las medidas comerciales que pueden adoptarse en el contexto de los AMUMA se beneficiarían de ello⁶⁵. Esto se debe a que ciertas medidas adoptadas en el marco de un AMUMA pueden tener algún grado de unilateralismo⁶⁶. Por ejemplo, las restricciones comerciales aplicadas a Estados que no son parte en el AMUMA, con el fin de inducir su adhesión son, desde el punto de vista de dicho Estado, unilaterales⁶⁷. También las medidas aplicadas entre dos Estados parte en un AMUMA pueden involucrar cierto grado de unilateralismo, ya que algunos de estos acuerdos bien permiten a sus partes contratantes adoptar medidas comerciales que no han sido especificadas en su texto o bien son adoptadas por recomendación de los órgano de gestión de acuerdo. La posibilidad de elegir las medidas comerciales ambientales sin requerir el consentimiento de otros Estados, sin que su adopción sea discutida en un foro internacional y que no se encuentran sujetas al control de ninguna autoridad internacional, implica un cierto grado de unilateralismo⁶⁸.

De hecho, los estudios que actualmente se realizan en el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC permiten ver con claridad que, ante una eventual diferencia, no todas las medidas de incidencia comercial previstas en los AMUMA recibirán el mismo trato. En la Conferencia Ministerial⁶⁹ en Doha los miembros de la OMC acordaron lanzar una ronda de negociaciones, conocida como la Ronda del

⁶⁵ P. Demaret, "TREM, Multilateralism, Unilateralism and the GATT. . .", *op. cit.*, p. 59.

⁶⁶ S. Charnovitz, "A Taxonomy of Environmental Trade Measures", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 6, Winter 1996, pp. 1-46. en p. 3.

⁶⁷ Artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. ONU Doc/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980 (*BOE*, 13 de junio de 1980, No.142).

⁶⁸ P. Demaret, "TREM, Multilateralism, Unilateralism and the GATT. . .", *op. cit.*, p. 56.

⁶⁹ El órgano de decisión de mayor jerarquía en la estructura de la OMC es la Conferencia Ministerial, compuesta de representantes de todos los Miembros, que se reúne por lo menos cada dos años. La Conferencia Ministerial tiene competencias para tomar decisiones sobre todos los asuntos relacionados a los acuerdos comerciales que administra, si así lo pidiera un Miembro. Véase artículo IV.1 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

Desarrollo por tener precisamente el desarrollo como tema de fondo, en la que se reconoce implícitamente que es posible que se dé un conflicto entre las normas de la OMC y las medidas de incidencia comercial previstas en los AMUMA⁷⁰. Para evitar que esto suceda, el párrafo 31, 1, i) la Declaración de Doha conviene celebrar negociaciones sobre la relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA. Las obligaciones comerciales específicas a las que la Declaración de Doha se refiere son aquellas medidas comerciales expresamente requeridas por un AMUMA. En otras palabras, si un AMUMA no identifica individualmente la medida comercial a ser aplicada no será considerada específica. De esta manera, las medidas autorizadas pero no identificadas individualmente o las medidas cuya adopción es sugerida por los órganos de gestión de los AMUMA quedan fuera del mandato de Doha. En el mandato de Doha tampoco están comprendidas, pese a que pueden ser específicas, las medidas comerciales que se aplican entre dos miembros de la OMC si uno de los dos no es parte contratante en el acuerdo ambiental⁷¹.

Es claro pues que no todas las medidas de incidencia comercial que pueden adoptarse en el contexto de un AMUMA se perciben como medidas multilaterales, al menos, no desde la OMC. Las medidas aplicadas a los Estados no partes o las medidas que se aplican entre Estados parte pero que no son específicas o las medidas adoptadas por recomendación de los órganos de gestión se perciben prácticamente como medidas unilaterales. Sólo las medidas específicas aplicadas entre Estados que son parte en un AMUMA y a la vez miembros de la OMC son vistas como una manifestación auténtica del consenso internacional. Es natural pensar, por lo tanto, que los aspectos

⁷⁰ *Declaración Ministerial de Doha*, 9-14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 20 de noviembre de 2001.

⁷¹ Hay que decir, en cualquier caso, que el CCMA de la OMC aún no ha llegado a ninguna conclusión sobre si es o no necesario realizar alguna modificación de las normas de la OMC que permitan evitar los posibles conflictos normativos producidos en aquellos aspectos solicitados por su limitado mandato.

potencialmente más controvertidos de la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA sean precisamente fruto de la aplicación de medidas “unilaterales” dentro de un marco multilateral. Esto es lógico ya que si dos Estados han acordado que existe un problema ambiental que puede ser abordado de forma efectiva por una medida en concreto es poco probable, aunque no imposible, que de ser aplicada, la medida sea llevada al OSD de la OMC alegando que discrimina arbitraria o injustificadamente o que esconde motivaciones proteccionistas en contra de los dispuesto en los acuerdos comerciales.

Resulta evidente que incluso el fiel cumplimiento del mandato de la Declaración de Doha dista mucho de ser la solución a los problemas potenciales entre los AMUMA de incidencia comercial y el régimen del comercio internacional, pues no ordena analizar aquellas interacciones que tienen más posibilidades de generar conflictos entre estos campos⁷². De hecho, cualquier esfuerzo serio por abordar la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA de incidencia comercial conforme al desarrollo sostenible debería incluir un examen de las medidas no específicas aplicadas entre partes, las medidas aplicadas a terceros Estados y las medidas adoptadas por recomendación de los órganos de gestión de los AMUMA.

En suma, la preferencia por las medidas multilaterales sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales internacionales, expresada en el principio 12 de la Declaración de Río y confirmada por el OSD de la OMC, no es una garantía de que las medidas aplicadas en el contexto de un AMUMA lograrán superar, llegado el caso, un examen de legalidad con base en las normas de la OMC. Mientras las labores del CCMA en el contexto del mandato de Doha no lleven a una modificación de las normas de la OMC -algo poco probable al menos a corto plazo- el resultado de un

⁷² CIEL, Friends of the Earth US y otros, *Collective Comments: On Doha Declaration*, October 25/2002, p. 17. Disponible línea en http://www.ciel.org/Publications/Doha_Comments_25Oct02.pdf.

examen de legalidad de una medida adoptada en el contexto de un AMUMA dependerá exclusivamente de la forma en que el OSD interprete las normas de la OMC, y muy especialmente sus excepciones ambientales. Los esfuerzos deben centrarse por lo tanto en favorecer una interpretación -y aplicación- sostenible de las normas de la OMC; es decir, una interpretación que, por un lado, proteja los intereses comerciales evitando las medidas proteccionistas y, por otro lado, beneficie la protección ambiental permitiendo la adopción de medidas comerciales basadas en consideraciones ambientales auténticas.

En ese sentido hay que desatacar que el desarrollo sostenible forma parte de los objetivos que pretende lograr el régimen internacional del comercio y ha sido incorporado al preámbulo del acuerdo por el que se formó la OMC⁷³. El Órgano de Apelación en uno de sus informes ha dicho que este principio debe impregnar la interpretación de todos los acuerdos comerciales que componen este régimen⁷⁴. No obstante, la interpretación sostenible de las normas del régimen del comercio internacional sigue siendo una asignatura pendiente para el OSD. Como ya hemos mencionado, las normas de la OMC, en especial las excepciones ambientales del GATT, hasta ahora han sido interpretadas de forma excesivamente restrictiva y en algunos casos se han añadido condiciones adicionales que no se ajustan al texto de las disposiciones que las regulan. Mientras el desarrollo sostenible no pase del preámbulo del acuerdo de la OMC a ser aplicado en la práctica al interpretar los acuerdos comerciales es difícil que pueda lograrse el apoyo mutuo entre los AMUMA y las normas de la OMC.

⁷³ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, (BOE, 24 de enero de 1995, No. 20).

⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , op. cit., párrs. 152 y 153.

II

Esta investigación parte de la base de que no existe una incompatibilidad formal entre las normas del régimen del comercio internacional y los AMUMA y, por lo tanto, deben y pueden ser interpretadas de forma que favorezcan su apoyo mutuo de conformidad con el desarrollo sostenible. Sin embargo, el hecho de que las normas de la OMC no distingan formalmente entre medidas unilaterales y multilaterales, junto al hecho de que ninguna medida comercial aplicada para proteger el medio ambiente ha logrado ser considerada una excepción de las obligaciones comerciales, indica que existe la posibilidad de que las normas de la OMC resten eficacia a los AMUMA. En particular, aunque no exclusivamente, los conflictos pueden presentarse si continua la tendencia de realizar interpretaciones sin fundamento textual y excesivamente restrictivas de las excepciones ambientales de los acuerdos de la OMC. Así, en esta investigación se defiende que el apoyo mutuo entre estos campos depende, en gran medida, de la forma en que el OSD interprete las normas de la OMC, y en especial sus excepciones ambientales.

Uno de los objetivos que esta investigación pretende lograr, consiste en identificar los potenciales puntos de conflicto entre los AMUMA y las normas de la OMC. En virtud de que la competencia obligatoria del OSD de la OMC probablemente atraerá a su jurisdicción los conflictos que puedan surgir por la aplicación de una medida multilateral, el estudio se circunscribe a analizar la compatibilidad con las normas de la OMC de los distintos tipos de medidas comerciales previstas en una serie de AMUMA seleccionados. La elección de los AMUMA cuya compatibilidad se examina se explica, por un lado, por el fin de mostrar la variedad de medidas de incidencia comercial existentes y, por otro lado, en función de la importancia y

diversidad de los elementos ambientales que pretenden proteger. Es importante decir que algunas interacciones entre las normas del régimen del comercio internacional y los AMUMA son hasta cierto punto desconocidas, tanto por la novedad de materias reguladas, como por la falta de práctica en la aplicación de sus disposiciones. Así por ejemplo, no será posible evitar una elevada dosis de especulación al examinar, por un lado, la compatibilidad de las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los ADPIC y, por otro lado, el comercio de derechos de emisión de gases que crean el efecto invernadero del Protocolo de Kioto, con relación al GATT o el AGCS. También conviene precisar que se dedica especial atención a los conflictos que suscitaría la aplicación de las medidas comerciales no específicas entre Estados miembros de la OMC vinculados a un mismo AMUMA, así como a la aplicación de medidas comerciales a Estados no-Partes en los AMUMA, por ser éstos dos de los aspectos potencialmente más conflictivos.

Esta investigación también pretende proponer alternativas para una interpretación sostenible de las normas de la OMC, que favorezcan las sinergias con los AMUMA y que sean congruentes con las normas del Derecho internacional público. En esencia se propone lograr que, a través de una interpretación teleológica de las normas de la OMC, el OSD tome en cuenta la existencia de un AMUMA al examinar la legalidad de las medidas comerciales multilaterales. Una interpretación en el sentido propuesto permitiría al OSD dar un efecto práctico al papel asignado al desarrollo sostenible por el Órgano de Apelación en la interpretación de las normas de la OMC y además reafirmaría la unidad del Derecho internacional.

Ahora bien, aunque la relación entre el régimen del comercio internacional y los AMUMA es compleja y abarca aspectos muy diversos, conviene precisar que el objeto material de esta investigación se limita a identificar los límites normativos establecidos

para las medidas multilaterales de protección ambiental en el GATT -en donde se toman en cuenta el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)-, el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC. Por lo tanto, los subsidios para la agricultura y las medidas compensatorias como posibles respuestas al *dumping* ecológico, en términos generales, quedan fuera de los límites de esta investigación. Sin embargo, cuando resulta necesario, se comentan algunos aspectos básicos de su funcionamiento. Conviene también decir que, en el estudio del régimen del comercio internacional, además de analizar los acuerdos comerciales ya mencionados, se ha puesto especial atención en el examen de los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación del GATT/OMC, así como a la doctrina de mayor influencia sobre la materia.

Por último, aunque esta investigación aborda el estudio de las restricciones comerciales multilaterales para proteger el medio ambiente desde la doble perspectiva del Derecho internacional del medio ambiente y del Derecho internacional del comercio, ha sido necesario recurrir a otras disciplinas como la Economía internacional y de las Ciencias biológicas para facilitar la comprensión de las tensiones políticas, económicas y jurídicas que enmarcan nuestro objeto de estudio.

III

La estructura de la investigación está dividida en cuatro partes que se componen de tres capítulos cada una de ellas. La primera parte está dedicada a exponer la base conceptual que nos permita comprender los aspectos políticos, jurídicos, económicos e institucionales que producen una interacción entre los AMUMA de incidencia comercial y el régimen del comercio internacional; la segunda parte, tiene por finalidad describir el funcionamiento de aquellas normas del régimen del comercio internacional que

pueden incidir en la legalidad de las medidas multilaterales; en la tercera parte, se analizan los posibles puntos de interacción negativa entre las normas de la OMC y los diversos tipos de medidas de incidencia comercial previstos en los AMUMA; la cuarta y última parte, está destinada a analizar formas alternativas de interpretación de las normas de la OMC y algunas modificaciones de carácter legislativo de que permitirían favorecer el apoyo mutuo entre los AMUMA de incidencia comercial y el régimen del comercio internacional de conformidad con el objetivo del *desarrollo sostenible*.

A continuación se precisa por capítulos los temas de estudio de esta investigación.

El capítulo primero está dedicado a analizar el concepto, origen, evolución y características de los tratados multilaterales del medio ambiente (AMUMA). En el primer apartado, además de proveer una definición de tratado internacional, se analiza la clasificación de los tratados internacionales que los divide en bilaterales y multilaterales y se rastrea el origen de los tratados multilaterales. En el segundo apartado, se provee una definición de AMUMA, se analiza su objeto material de regulación y se describe su evolución. En el tercer apartado, se enumeran sus principales características.

El capítulo segundo analiza el funcionamiento de las medidas comerciales previstas en los AMUMA. Para tal efecto, en primer lugar, se estudian las externalidades ambientales estimuladas por el comercio, a las medidas comerciales como instrumento de protección del medio ambiente y las distintas formas que pueden adoptar. En segundo lugar, se estudian las medidas comerciales de protección ambiental desde su principal criterio de clasificación, aquél que las divide en multilaterales y unilaterales. Se observa que no es siempre fácil de ubicar la línea que divide a una medida multilateral de una unilateral. Este capítulo concluye con un análisis sobre la

función, efectividad y algunos aspectos relacionados a la legalidad de las medidas comerciales multilaterales.

En el capítulo tercero en primer lugar se analizan la base teórica del comercio internacional, el nacimiento del régimen del comercio internacional y a las políticas ambientales como barreras comerciales no arancelarias. En segundo lugar, se aborda el estudio de los primeros conflictos entre el régimen del comercio internacional y las políticas de protección ambiental. En este apartado se comentan las primeras críticas de los grupos ambientalistas al régimen del comercio internacional y el surgimiento de la preferencia por las medidas multilaterales sobre las unilaterales para abordar los problemas ambientales internacionales. En tercer lugar, entre otros aspectos, se examina cuál ha sido la respuesta de la OMC a las críticas de los grupos ambientalistas, el trabajo del Comité de Comercio y Medio Ambiente y, el mandato de la Ronda del Desarrollo.

El capítulo cuarto examina la forma en que el Sistema Multilateral del Comercio regula el uso de las restricciones cuantitativas al comercio tanto de productos como de servicios. Para tal efecto este capítulo se divide en dos epígrafes. En el primero se analiza, en este orden, el concepto de restricciones cuantitativas al comercio de productos, la obligación básica del artículo XI del GATT y algunas de las excepciones específicas que pueden ser relevantes para la protección del medio ambiente. El segundo epígrafe está dedicado al estudio de las restricciones cuantitativas al comercio de servicios. Sin embargo, dado que existen importantes diferencias entre el comercio de productos y servicios, antes de examinar la manera en que el AGCS regula el uso de las restricciones cuantitativas fue necesario analizar algunos problemas conceptuales sobre el comercio de servicios, así como también apuntar algunas particularidades de las restricciones cuantitativas en este sector.

La finalidad del capítulo quinto es examinar de qué manera son regulados en las normas de la OMC los principios de Trato Nacional y de la Nación Más Favorecida. La primera parte del capítulo está dedicada a analizar el principio de trato nacional en el GATT, en el AGCS y en el ADPIC, y la segunda parte, en ese mismo orden, el de la nación más favorecida. En el estudio del principio de trato nacional en el GATT se examinan la discriminación explícita y de facto, se comentan brevemente algunas disposiciones del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio, se examina el concepto “producto similar” y la distinción entre métodos y procesos producción relacionados con los productos. Al ocuparnos del principio de trato nacional en el AGCS analizamos la discriminación explícita y de facto, el concepto “servicio similar” y el ámbito de aplicación del principio. Ahora bien, antes de estudiar el principio de trato nacional en el ADPIC fue necesario analizar algunos aspectos generales del acuerdo, como la naturaleza de sus disposiciones y su ámbito material de aplicación. El estudio del trato de la nación más favorecida en el GATT examina el concepto “producto similar” y la discriminación de origen. Al ocuparnos del trato de la nación más favorecida en el AGCS examinamos la discriminación entre prestadores de servicios y algunas de sus excepciones específicas. El capítulo termina con un estudio de la forma en que el ADPIC articula el trato de la nación más favorecida y sus excepciones.

El capítulo sexto está dividido en tres partes. En la primera parte se analizan las excepciones ambientales previstas en los incisos b) y g) del artículo XX del GATT. Aquí se abordan cuestiones de interpretación y aplicación del artículo XX, se analizan las condiciones que una medida debe satisfacer de conformidad a los incisos b) y g) y de la cláusula introductoria. La segunda parte estudia el funcionamiento de las excepciones ambientales del AGCS. Las condiciones de la cláusula introductoria y del inciso b) del

artículo XIV, así como la controversia en torno a su alcance material son examinadas. En la tercera parte se analiza la forma en que el acuerdo sobre los ADPIC aborda las cuestiones de salud y medio ambiente, con especial atención a las normas sobre patentes. Así, se hace referencia al artículo 8.1 del acuerdo sobre los ADPIC y al párrafo 19 de la Declaración de Doha que establecen una regla de interpretar el acuerdo de forma que se apoye la protección de la salud y otros objetivos de orden público. También son analizadas las excepciones de patentabilidad de los párrafos 2 y 3 del artículo 27. El capítulo termina con una breve referencia a los aspectos analizados por el Consejo del acuerdo sobre los ADPIC en el examen del artículo 27.3.

En el capítulo séptimo, utilizando casos concretos de AMUMAs que prevén su aplicación, se analiza la compatibilidad de tres clases distintas de medidas comerciales ambientales -las prohibiciones comerciales, las limitaciones comerciales y la aplicación de impuestos ambientales- con las normas de la OMC. En el primer epígrafe se describe las prohibiciones comerciales previstas por el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y se examina su posible justificación con base en las excepciones ambientales del GATT. En el segundo y tercer epígrafe se hace lo propio está vez analizando, respectivamente, el sistema de licencias de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres y la aplicación de impuestos al carbón y los ajustes fiscales de frontera en el contexto del Protocolo de Kioto.

El objetivo del capítulo octavo es examinar, utilizando como caso de estudio las disposiciones del Protocolo de Cartagena, en qué medida las normas de la OMC pueden ser un obstáculo para la aplicación del Procedimiento de Acuerdo Fundamentado Previo (PAFP) y de los sistemas de ecoetiquetado. Así, la primera parte de este capítulo la dedicamos a analizar la compatibilidad del PAFP con el GATT, el Acuerdo sobre

Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC). En la segunda parte del capítulo se sigue un orden de análisis similar pero en esta ocasión examinando el sistema de ecoetiquetado.

El capítulo noveno analiza los posibles puntos de interacción entre el CDB y el comercio de emisiones del Protocolo de Kioto y las normas de la OMC. En la primera parte, dedicada al examen de las interacciones entre el CDB y el Acuerdo sobre los ADPIC, se analizan los efectos de los derechos de propiedad intelectual (DPI) en la conservación de la diversidad biológica, en el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de los recursos genéticos, en la protección de los conocimientos tradicionales y en la transferencia de tecnología. La segunda parte se dedica a analizar el comercio de emisiones del Protocolo de Kioto como posible punto de interacción con las normas de la OMC. Se inicia con una breve introducción sobre las normas aplicables al comercio de emisiones, para seguir con un examen del debate sobre su naturaleza y posible cobertura por las normas del régimen del comercio internacional y termina comentando dos potenciales puntos de conflicto entre el comercio de emisiones y las normas de OMC.

El capítulo décimo está dedicado a analizar el grado de apertura del OSD respecto a otras normas de Derecho internacional como los AMUMA. Para tal efecto, en la primera parte, se examinan aquellos aspectos institucionales y normativos de la solución de diferencias en la OMC que indican que probablemente atraerá a su jurisdicción las controversias que impliquen a los AMUMA y a las normas de la OMC. El carácter de régimen autónomo de la OMC y sus posibles consecuencias también son analizadas. En la segunda parte, nos ocupamos de estudiar los límites a la jurisdicción sustantiva y al derecho aplicable por el OSD. Aquí se comentan las posturas de aquellos autores que sostienen o niegan que el Derecho internacional puede ser

considerado derecho aplicable por el OSD. El capítulo concluye con una tercera parte en la que se examina el papel del Derecho internacional en la interpretación de las normas de la OMC.

El doble objetivo del capítulo undécimo consiste, por un lado, en analizar los límites que las normas de la OMC imponen al activismo judicial del OSD y, por otro lado, en proponer alternativas para una interpretación del Acuerdo General sostenible y congruente con las normas del Derecho internacional público. Así, el estudio del alcance de la función interpretativa del OSD de la OMC, el debate sobre el activismo judicial y los límites que éste encuentra en las normas de la OMC componen los temas desarrollados en la primera parte de este capítulo. En la segunda parte se proponen alternativas de interpretación del artículo III del Acuerdo General centrándonos en el examen sobre la similitud de dos productos así como la posibilidad de que éstos sean diferenciados con base en los procesos y métodos de producción. Este capítulo se cierra con una tercera parte dedicada a desarrollar algunas propuestas de interpretación que permitan rehabilitar las excepciones ambientales del GATT.

En el capítulo duodécimo y último se analizan las distintas posibilidades que presenta la adopción de medidas de naturaleza legislativa como técnica para corregir el desequilibrio entre las políticas comerciales y ambientales con el fin de favorecer el desarrollo sostenible. Para tal efecto se estudia la viabilidad de realizar modificaciones a las obligaciones comerciales del SMC a través de enmiendas formales de los distintos acuerdos, de la adopción de interpretaciones definitivas de los acuerdos comerciales, exenciones de las obligaciones comerciales, de la firma de acuerdos internacionales y de la adopción de líneas directrices. Aunque las modificaciones que pueden lograrse son prácticamente ilimitadas, al tratar cada una de las técnicas descritas se incluyen algunas

propuestas concretas de cambios a las normas del régimen del comercio internacional con el fin de reflejar la diversidad de alternativas posibles.

IV

Quiero dar gracias a Dios por este momento; a mi esposa, la Ing. Selma Madai Chan Dorado, por estar a mi lado y por su amor incondicional; también a mi Madre, la Sra. Elvia Carranza Gutiérrez, que en vida me dio todo; a mi Padre, el Sr. Miguel Ángel Elizalde Gaxiola, por la confianza que depositó en mí; a mi hermano, Eduardo Elizalde, por creer en mí; a mi director de tesis, el Dr. Ángel José Rodrigo Hernández, por ser mi guía y por tener la sencillez de hacerme sentir que, más que un director de tesis, en él tengo a un amigo; al Dr. Oriol Casanovas y la Rosa por estar siempre dispuesto a escuchar y a ayudarme a resolver mis dudas. También quiero dar las gracias a todos mis amigos, especialmente a Xavi, Cecilia, Juan Camilo, Ana María, Fede, Russe, Arnau, Mario, Daniel, Gina, Rodrigo, Urusula, Galo, Vicky por hacer que en Barcelona me sintiera como en casa. Del mismo modo, quiero agradecer a la familia Díaz y a los Licenciados Salomón Gaxiola y Octavio Retamoza por el aprecio que siempre me han manifestado. Por último, quiero agradecer al H. Consejo de Ciencia y Tecnología de México (CONACYT) por brindarme los medios económicos necesarios para realizar mis estudios de doctorado.

PRIMERA PARTE

LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO

Los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) y los acuerdos comerciales que componen el Sistema Multilateral de Comercio (SMC) pertenecen a distintas ramas del Derecho internacional público: los primeros forman parte del Derecho internacional del medio ambiente y los segundos del Derecho internacional económico. No obstante, entre estos regímenes, que tienen a simple vista ámbitos materiales muy distintos, se pueden producir interacciones negativas ya que, en algunos casos, coinciden en regular el uso de las medidas comerciales, aunque desde perspectivas diferentes. Estas interacciones pueden tener importantes repercusiones jurídicas, económicas y ambientales pues, como ha sido reconocido en distintos foros internacionales, el apoyo mutuo entre los AMUMA y las normas del SMC es una condición necesaria para lograr el desarrollo sostenible.

Los tres capítulos que componen la primera parte de la tesis intentan, por un lado, aportar la base conceptual a la investigación y, por otro lado, examinar aquellos aspectos políticos, jurídicos, económicos e institucionales relacionados con las medidas comerciales que explican la relación entre los AMUMA y el SMC. En otras palabras, se pretende exponer, en primer lugar, qué son los AMUMA, cuáles son sus orígenes, funciones y características (capítulo I); en segundo lugar, qué son las medidas comerciales, su función en la protección del medio ambiente y los AMUMA (capítulo II) y; por último, en qué consiste el SMC, cuáles son sus objetivos, y cómo han llegado las medidas comerciales ambientales a convertirse en un tema controvertido que pone en relación a los acuerdos comerciales con los AMUMA (capítulo III).

Capítulo I

LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

La necesidad de cooperar para hacer frente a los problemas ambientales que afectan a la Comunidad internacional ha dado como resultado el desarrollo del régimen internacional del medio ambiente, compuesto de un sistema de normas primarias y secundarias en materia ambiental que funcionan con relativa autonomía respecto al Derecho internacional general¹. En ese sentido cabe observar que los tratados multilaterales constituyen el mecanismo de producción jurídica más importante con que cuenta la Comunidad internacional para velar por sus intereses comunes. Este capítulo está dedicado a analizar el concepto, origen, evolución y características de los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente. Conviene precisar que no existe un único término para designar a los tratados internacionales, otros términos como “acuerdo”, “convenio”, “protocolo”, “pacto” se utilizan para referirse a la misma figura legal². En el contexto del debate sobre las cuestiones que relacionan al comercio y el medio ambiente el término empleado para referirse a los tratados multilaterales ambientales es el de “Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente” (AMUMA) y, por lo tanto, el empleo de este concepto predomina a lo largo de esta investigación. No obstante, ya que

¹ La división de los ordenamientos jurídicos en normas primarias y normas secundarias se debe al jurista inglés H. L. A. Hart. Las normas primarias establecen obligaciones de hacer o no hacer y las normas secundarias regulan a las normas primarias a través de normas de reconocimiento, normas de cambio y normas de adjudicación. Las normas secundarias de reconocimiento aportan los parámetros para identificar que una norma pertenece al sistema; las normas de cambio establecen los procedimientos por los que las normas primarias pueden ser modificadas, sustituidas o eliminadas; y, por último, las normas de adjudicación sirven para identificar cuando una norma ha sido violada y el procedimiento que se debe seguir en consecuencia. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Calderon Press, 1961. La clasificación de Hart también ha sido aplicada al Derecho internacional público véase O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo en Derecho internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. II, 1998, pp. 94-100; también K. C. Wellens, “Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXV, 1994, pp. 3-37.

² Cfr. el artículo 2, a), de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados -en lo sucesivo CVDT- (*BOE*, 13 de junio de 1980, No.142). ONU Doc/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980.

la doctrina del Derecho internacional público normalmente estudia a los acuerdos internacionales bajo el rubro de “tratados”, en la primera parte de este capítulo utilizamos dicho concepto pues examinaremos sus aspectos normativos desde la perspectiva del Derecho internacional público. Así, en el primer apartado, además de proveer una definición de *tratado internacional*, se analiza la clasificación de los tratados internacionales que los divide en bilaterales y multilaterales y se rastrea el origen de los tratados multilaterales. En el segundo apartado, se provee una definición de AMUMA, se analiza su objeto material de regulación y se describe su evolución. En el tercer apartado, se enumeran sus principales características.

Para estar en aptitud de introducir el concepto y el alcance normativo de los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente es inevitable definir previamente a los tratados internacionales en general y precisar, aunque sea brevemente, las nociones básicas de Derecho internacional que les son aplicables.

I. LOS TRATADOS MULTILATERALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

No existe una norma internacional que enuncie cuáles son las fuentes del Derecho internacional³. Al hablar de las fuentes la doctrina normalmente parte del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que identifica las normas de Derecho internacional que este órgano judicial habrá de aplicar⁴. En el

³ D. E. Adouki, *Droit international public: Tome 1 – Les sources* -, Paris: L’Harmattan, 2002, pp. 40-41; C. Gutiérrez Espada, *Derecho internacional público*, Madrid: Ed. Trotta, S.A., 1995, pp. 575-622; M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, 15ª. Ed., Madrid: Ed. Tecnos, S.A., 2005, p. 113.

⁴ Así, el artículo 38 de la CIJ no busca determinar cuáles son las normas que componen el orden legal internacional. No obstante, C. Tomuschat observa que, no puede haber una discrepancia entre las normas internacionales en su calidad de instrumento a ser utilizado por la Corte y el Derecho internacional que existe independientemente de su posible utilidad para resolver las controversias internacionales. Véase C. Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des cours*, 1999, p. 307. Entre las fuentes de derechos y obligaciones internacionales no mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ se encuentran los actos unilaterales de los Estados y

primer lugar de la lista del artículo 38 están las convenciones o tratados internacionales⁵. Para algunos autores, el destacado el lugar que ocupan los tratados se corresponde con la importancia normativa que éstos tienen en un sistema internacional que carece de una institución con competencia universal para legislar⁶. Así, la adquisición voluntaria de obligaciones por los Estados soberanos a través de la celebración de tratados internacionales ha sido calificada por Ian Sinclair como la principal fuente, al menos en términos cuantitativos, del Derecho internacional público⁷.

A) CONCEPTO Y NORMAS BÁSICAS DE DERECHO INTERNACIONAL

Como ya hemos mencionado, no existe un término universal para designar a los tratados internacionales, entre otros, los términos “acuerdo”, “convenio”, “protocolo”, “pacto” se utilizan como sinónimos y tienen el mismo valor jurídico⁸, como se desprende del hecho de que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) defina a los tratados sin limitarse a una denominación en particular⁹. En efecto,

las decisiones vinculantes adoptadas por Organizaciones internacionales. Para un estudio pormenorizado de este tipo de fuentes véase C. Gutiérrez Espada, *Derecho internacional . . .*, *op. cit.*, pp. 575-622.

⁵ En la lista del artículo 38 siguen a los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia se incluyen en calidad de medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho.

⁶ Para I. Sinclair, el hecho de que los tratados internacionales ocupen el primer lugar en la lista del artículo 38 puede implicar, por un lado, un juicio de valor sobre el lugar que ocupan los tratados en la jerarquía de las fuentes, si es que tal jerarquía existe y; por otro lado, considera lógico que los tratados sean las primeras normas a las que recurra la Corte para dirimir las controversias que se le presenten, pues en éstos constan normas cuya obligatoriedad ha sido manifiestamente consentida por los Estados parte. I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Second Edition; Manchester: University Press, 1984, p. 2.

⁷ *Ibid.*, p. 2. No obstante, conviene precisar que la costumbre internacional aporta la base jurídica fundamental en la que descansa la obligatoriedad de las normas convencionales. En palabras de G. Morelli: “Por oposición a la regla concerniente a la costumbre que tiene el carácter de norma *primaria* en la producción jurídica, la regla concerniente al acuerdo es una regla de producción jurídica *secundaria*, porque se origina en un procedimiento creado, a su vez por la norma primaria. Así también, por oposición a la costumbre, fuente *primaria* de reglas de Derecho internacional, el acuerdo debe ser considerado como la fuente *secundaria*, subordinada a aquella”. G. Morelli, “Curs général de droit international public”, *Recueil des cours*, 1956, t. I., No. 89, p. 459.

⁸ J. Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 42; D. P. Myers, “The Names and Scope of Treaties”, *American Journal of International Law*, Vol. 51, 1957, p. 574.

⁹ *Cfr.* el artículo 2, a) de la CVDT.

la nomenclatura no es un criterio que permita distinguir a los tratados de otros actos jurídicos. Como dijo la CIJ: “Lo que determina si estamos ante un tratado es la naturaleza del acto o la transacción de que da fe”¹⁰. Por otro lado, tampoco existe una definición única para los tratados internacionales¹¹. Por su precisión y simplicidad, para este estudio hemos elegido la definición de P. Reuter: “Una manifestación de voluntades concordantes, imputables a dos o más sujetos de Derecho internacional, y destinada a producir efectos jurídicos en conformidad con las normas de Derecho internacional”¹².

1. *Una manifestación de voluntades concordantes*

El nacimiento de una obligación internacional convencional precisa, en primer lugar, una coincidencia en la voluntad de las partes interesadas de obligarse. Es necesario además que la voluntad se exteriorice, ya que en el derecho de los tratados las intenciones que no son manifestadas no dar lugar al nacimiento de una obligación. En otras palabras, ya que todo Estado es libre para decidir participar o no en una relación jurídica convencional sólo la expresión del consentimiento es jurídicamente

¹⁰ *Plateau continental de la mer Ejeé (Grèce c. Turquie)*, C.I.J. Recueil 1978, párr. 96.

¹¹ El artículo 2, a) de la CVDT define a los tratados como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular. Es importante destacar que la finalidad de esta definición es únicamente delimitar el ámbito material de aplicación de la convención, de modo que no es una norma que ilegalice otras formas, digamos la oral, para celebrar tratados; como tampoco ilegaliza los acuerdos celebrados entre otros sujetos de Derecho internacional distintos de los Estados, como lo son las Organizaciones internacionales y otras entidades como la Santa Sede o el Comité Internacional de la Cruz Roja. A. Remiro Brotons adopta una definición de tratados muy similar a la de la CVDT al decir que: “En sentido amplio podemos entender por tratado la manifestación por escrito de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho internacional de las que derivan obligaciones y derechos para las partes según las reglas del Derecho internacional”. En cualquier caso este autor no niega la validez jurídica de aquellos tratados celebrados por un medios orales o verbales. Cfr. A. Remiro Brotons, *Derecho internacional público. II. Derecho de los Tratados*, Madrid: Ed. Tecnos, S.A., 1987, p. 29. Por su parte Halajczuk y Moya lo definen como: “Todo acuerdo entre sujetos de Derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos”. B. T. Halajczuk y M. T. Moya, *Derecho internacional público*, Argentina: Ediar, 1999, p. 69. C. Sepúlveda los define como: “Acuerdos entre dos o más sujetos de Derecho internacional para crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos”. C. Sepúlveda, *Derecho internacional*, México: Editorial Porrúa, 1996, p. 124.

¹² P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3e éd., France: Presses Universitaires de France, 1995, pp. 26-30.

vinculante¹³. Así, ningún Estado está vinculado a una norma convencional que no haya consentido -a menos que la norma haya adquirido la calidad de norma consuetudinaria- y tampoco puede establecer obligaciones jurídicas que vinculen a terceros Estados.¹⁴

De la máxima *pacta sunt servanda*, que ha adquirido la calidad norma consuetudinaria¹⁵, deriva el principio de que los Estados deben respetar los acuerdos concluidos entre ellos¹⁶. Es en esta norma consuetudinaria en donde se ubica la esencia de la obligatoriedad de la norma convencional internacional¹⁷. Ahora bien, aunque lo más común es que el consentimiento sea exteriorizado de forma escrita, siguiéndose un

¹³ En los tratados la manifestación del consentimiento normalmente está a cargo de los órganos de representación de los Estados de conformidad con su derecho interno, comúnmente a los jefes de Estado pero también pueden manifestar el consentimiento otros funcionarios públicos con poderes para tal efecto. En cualquier caso, un acuerdo carecerá de consentimiento legalmente expresado si el funcionario se excede de las facultades que le han sido expresamente conferidas por el derecho interno. Para un estudio de la regulación de las relaciones exteriores por el derecho interno véase J. Sola, *El manejo de las relaciones exteriores: La constitución y la política exterior*, Argentina: Editorial Belgramo, 1997.

¹⁴ Artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. . . , *op. cit.* En el caso de que una norma convencional llega a desarrollar una costumbre internacional, la norma será vinculante para toda la Comunidad internacional sin que su carácter obligatorio dependa de una manifestación particular de los Estados de consentimiento.

¹⁵ Véase artículo 26 de la CVDT.

¹⁶ Véase H. Kelsen, “Théorie du Droit international public”, *Recueil des cours*, 84 (1953 III), pp. 182-200. Hans Kelsen, ligado a lo que se considera la doctrina normativista, y comentando sobre los fundamentos de la juridicidad de las normas internacionales, sostuvo que en el Derecho internacional, al igual que sucede a en el orden jurídico interno, existe una jerarquía de normas de las que deriva el carácter jurídico de las declaraciones de voluntad de los Estados. Los acuerdos internacionales son normas jurídicas por virtud de la norma *pacta sunt servanda*, que en sus primeros estudios consideró como la norma superior del Derecho internacional. Al tiempo modificaría su postura y consideraría a la costumbre como la norma fundamental del Derecho internacional, al darse cuenta de que la norma *pacta sunt servanda* es una norma de carácter consuetudinario.

¹⁷ El Derecho internacional es un ordenamiento jurídico complejo con rasgos que son distintos a los que se encuentran en los ordenamientos internos. De hecho, que el ordenamiento jurídico internacional, a diferencia de los derechos internos, carezca de una autoridad supranacional con competencia universal para legislar y hacer cumplir de forma coercitiva sus normas, ha hecho a algunos cuestionar el carácter jurídico del Derecho internacional público; considerándolo una política de fuerza (Hobbes, Espinosa), o moral internacional (J. Austin, J. Binder), o cortesía internacional, o una normatividad *sui generis* (F. Somlo), o un derecho imperfecto (Burckhardt). Véase G. A. Walz, *Esencia del Derecho internacional y crítica de sus negadores*, trad. esp. A. Truyol y Serra, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1943. En defensa de la fuerza obligatoria del Derecho internacional han surgido diversas teorías. La doctrina *voluntarista*, representada principalmente por Hegel, Jellinek, Triepel, sostiene que la fuerza obligatoria del Derecho internacional descansa en la voluntad de los Estados. La doctrina *normativista*, representada por Kelsen y Guggenheim, hacen derivar la validez de un determinado sistema de otras normas que jerárquicamente le son superiores y que se remontan a su vez a una norma fundamental. La doctrinas *sociológicas*, representada por Duguit y Scelle, y *psicológicas*, representadas principalmente por Krabbe, Quadri, Giuliano, hacen descansar el Derecho de Gentes, respectivamente, en un hecho sociológico o psicológico. Las doctrinas *ius naturalistas* fundamentan el Derecho internacional en el Derecho Natural. Véase J. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Novena edición; Madrid: Ed. Tecnos, S.A., 2003, p. 35-39; O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo . . .”, *op. cit.*, pp. 49-67.

proceso de negociación, firma y ratificación, no existen formulas preestablecidas por el Derecho internacional para la exteriorización de la voluntad de obligarse, de modo que medios distintos al escrito como el oral¹⁸ o las actitudes positivas (cumplimiento de un tratado) puede ser considerados como válidas manifestaciones de la voluntad¹⁹.

2. *Atribuible a dos o más sujetos de Derecho internacional*

La manifestación de voluntades debe ser atribuible a dos o más sujetos de Derecho internacional con capacidad para concertar tratados²⁰. Esta condición la satisfacen los Estados, la Santa Sede, y las Organizaciones internacionales²¹. No obstante, es importante decir que sólo a los Estados el Derecho internacional, por virtud del principio de soberanía, reconoce plenitud de competencias, dentro de la que se encuentra obviamente la de celebrar tratados. El caso de las Organizaciones internacionales es distinto pues, a pesar de gozar de la calidad de sujeto de Derecho internacional, no gozan de soberanía y tampoco de plenitud de competencias. Las competencias de las Organizaciones internacionales no son originarias, sino de atribución, poseen sólo aquéllas que los Estados fundadores, explícita o implícitamente, les hayan atribuido en su tratado constituyente²². Por lo tanto, como señala el artículo 6

¹⁸ Sobre los tratados internacionales celebrados de forma oral véase Widdows, “On the Form and Distinctive Nature of International Agreements”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 7, 1976-1977, pp.114-120.

¹⁹ En materia de tratados internacionales la imputación de efectos jurídicos a las actitudes negativas (el silencio o la inacción) es por lo menos cuestionable. P. Reuter, *Introduction au droit . . .*, op. cit., pp. 26-28.

²⁰ En el asunto *Anglo-Iran Company*, excepción preliminar (1952) entre el Reino Unido y el Irán, la Corte Internacional de Justicia, al analizar si tenía o no competencia para resolver la diferencia, dijo que, el contrato entre la compañía de nacionalidad inglesa y el gobierno del Irán, no podía ser considerado un tratado internacional, por un lado, porque la empresa no era un sujeto de Derecho internacional y, por otro lado, porque el contrato no regulaba las relaciones entre dos Estados, sólo las relaciones entre el Irán y la compañía inglesa. Véase *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, Arrêt du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 113.

²¹ P. Reuter, *Introduction au droit . . .*, op. cit., p. 29.

²² M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones internacionales*, 14ª. Ed., Madrid: Tecnos, S.A., 2006, pp. 132-134; P. K. Menon, *The Law of Treaties Between States and International Organizations*, Lewiston: The Edwin Mellen Press, 1992, pp. 20-25; R. J. Dupuy, *L'application des regies de droit international general des traites aux accords conclus par les organizations internationales*, Geneva: Institute of

de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, la capacidad de concluir tratados se rige por las normas constitutivas de cada organización²³.

3. *Debe estar destinada a producir efectos jurídicos y regirse por el Derecho internacional*

Al celebrar un acuerdo dos o más sujetos de Derecho internacional, nada impide que estipulen que estará regido por el Derecho interno de alguna de las partes y, en un caso así, no se estará ante la presencia de un tratado internacional²⁴. Por lo tanto, es necesario que el acuerdo este destinado a producir efectos jurídicos y que la relación jurídica establecida quede sometida al imperio del Derecho internacional. Un acuerdo entre sujetos de Derecho internacional, observa E. de la Guardia, está regido por el Derecho internacional cuando le sean aplicables las normas jurídicas específicas que constituyen e integran el Derecho internacional general²⁵. Por otro lado, la intención de producir efectos jurídicos permite distinguir, aunque en ocasiones no sin dificultad, las

International Law, 1972, p. 101. La doctrina de *los poderes implícitos*, confirmada por la jurisprudencia internacional, indica que hay que entender que una Organización internacional posee aquellas competencias, incluso las que no le hayan sido atribuidas expresamente, que sean necesarias para lograr los objetivos para los que fue creada. *Avis consultatif: Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, 11 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949*, pp. 174-220. La doctrina de los poderes implícitos fue recogida en el preámbulo de la Convención de Viena sobre los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986, que dice: “Las organizaciones internacionales poseen la capacidad para concluir tratados que es necesaria al ejercicio de sus funciones y realización de sus propósitos”. (ONU Doc. A/CONF. 129/15).

²³ *Cfr.* Convención de Viena sobre los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986. (ONU Doc. A/CONF. 129/15).

²⁴ P. Reuter, *Introduction au droit . . ., op. cit.*, pp. 30 y 31. En los casos en que las partes no hayan especificado el derecho aplicable a un acuerdo determinado, el objeto del contrato y las circunstancias de su celebración, pueden ser criterios determinantes para clarificar el ordenamiento aplicable. Véase J. Verhoeven, “Traité ou contrats entre États? Sur les conflits de lois en droit des gens”, *Journal du droit international*, Vol. 111, 1984, p. 4.

²⁵ E. De la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1997, p. 113.

obligaciones convencionales de las declaraciones de carácter político o programático sin valor vinculante, conocidas por la doctrina como normas de *soft law*²⁶.

Los tratados internacionales pueden ser clasificados de formas muy diversas, pero para los efectos de nuestro estudio resulta particularmente importante aquella que los divide en bilaterales o multilaterales.

B) LA CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS EN BILATERALES Y MULTILATERALES

En principio, se entiende por tratados multilaterales a los acuerdos internacionales que cuentan con más de dos partes y por tratados bilaterales a los que tengan dos partes²⁷. El carácter multilateral de un tratado depende por lo tanto, al menos en esencia, del número de partes que lo componen y no de la denominación que adquiera el acuerdo. Así, aunque algunos sectores de la doctrina han intentado asociar la denominación “convención” a los tratados multilaterales, como observa C. Sepúlveda, la práctica no confirma esta pretendida diferencia de modo que nada que impide que un tratado bilateral sea denominado una convención²⁸.

Pese a su aparente simplicidad, esta clasificación no ha estado exenta de controversia, principalmente porque en la doctrina ha ido asociada a la difusa distinción que hace el artículo 38 del Estatuto de la CIJ entre convenciones “generales o particulares”. O. Casanovas ha observado que el hecho de que esta norma no defina en modo alguno las diferencias entre las convenciones generales y particulares ha llevado a algunos autores a hacer una separación entre Derecho internacional general y particular, clasificación que, al menos en algunos casos, se asocia a los tratados multilaterales y

²⁶ Sobre la relación de las normas de *Soft Law* y los tratados internacionales véase A. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Part 4, October 1999, pp. 901-913.

²⁷ P. Reuter, *Introduction au droit. . ., op. cit.*, pp. 31-32.

²⁸ C. Sepúlveda, *Derecho internacional. . ., op. cit.*, p. 124.

bilaterales²⁹. Por Derecho internacional general se entiende aquellas normas de Derecho internacional que se aplican universalmente a todos los Estados, mientras que la noción de Derecho internacional particular se reserva para las obligaciones y derechos entre un número determinado de Estados³⁰. Así, los tratados bilaterales crean obligaciones particulares desde el punto de vista del Derecho internacional y su nacimiento precisa que sean consentidos por los Estados destinatarios de sus normas³¹. Por otro lado, aunque el principio *pacta tertiis neque nocet neque prosunt* continúe siendo una regla básica del Derecho de los tratados, como observa J. Juste Ruiz, este principio no parece excluir la existencia eventual de normas convencionales que lleguen a poseer alcance jurídico universal³². De este modo, el carácter consensualista del Derecho internacional, además de la dimensión individual asociada a los tratados bilaterales, puede tener una dimensión colectiva, normalmente asociada a los tratados multilaterales, que supone la formación de reglas de Derecho internacional general surgidas del *consensus* cualificado de los Estados de la Comunidad internacional³³. Este tipo de tratados, denominados por la doctrina “tratados normativos generales”, representa, en palabras de J. A. Carrillo Salcedo: “La gestión de intereses comunes por un conjunto de Estados suficientemente representativo lo que produce efectos jurídicos respecto de terceros Estados y son considerados como válidos *erga omnes*”.³⁴ En cualquier caso, es importante no asociar las anteriores clasificaciones. Si bien no hay duda de que los tratados bilaterales crean normas de Derecho internacional particular, los tratados multilaterales no siempre crean normas de alcance universal.

²⁹ O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo . . .”, *op. cit.*, pp. 89-90.

³⁰ *Ibid.*, p. 94.

³¹ Artículos 34 y 38 de la CVDT.

³² J. Juste Ruiz y M. Castillo, *Derecho Internacional Público*, Valencia: Punto y coma, 2000, p. 113.

³³ Véase S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale: conclusion et effets*, Paris: ed. Economica, 1985, p. 25; P. Reuter, “Principes de Droit International Public”, *Recueil des cours*, 1961-II, Tome 103, p. 447.

³⁴ Este fue uno de los primeros autores españoles en estudiar los “tratados normativos generales”. J. A. Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Madrid: Tecnos, S.A., 1969, pp. 189-190. Véase también; J. Juste Ruiz y M. Castillo, *Derecho Internacional. . .*, *op. cit.*, p. 113; F. M. Mariño Menéndez, *Derecho internacional público: parte general*, 3ra. Ed., Madrid: Trotta, S.A., 1999, pp. 73-75.

También se ha intentado, aunque sin éxito, ligar la clasificación de los tratados multilaterales “generales” a una clasificación adicional, aquélla que divide a los en “abiertos o cerrados”. Un tratado se considera cerrado si el número de partes es inmutable al no estar permitida la adhesión de terceros Estados. Si, por el contrario, el acuerdo permite la adhesión de otros sujetos de Derecho internacional será considerado un tratado abierto³⁵. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1962 intentó establecer un puente entre las clasificaciones mencionadas y propuso introducir la siguiente definición: “Se entiende por tratado multilateral general todo tratado multilateral relativo a las normas generales de Derecho internacional referente a asunto de interés general para todos los Estados”. Una norma supletoria acompañaba a la anterior definición añadiendo al criterio multilateral general el de la apertura: “1. En el caso del tratado multilateral general, todo Estado podrá ser parte en el tratado, salvo que el tratado mismo o el reglamento en vigor en una organización internacional dispusiera de lo contrario”³⁶. De esta manera, un tratado multilateral puede ser general, no sólo por el número de partes vinculadas al acuerdo, sino también por su contenido y, según algunas propuestas, en atención a su grado de apertura a terceros Estados³⁷.

C) ORIGEN DE LOS TRATADOS MULTILATERALES

Antes del siglo XIX los acuerdos internacionales que involucraban a diversos actores adoptaban la forma de acuerdos bilaterales, es decir, se adoptaban tantos

³⁵ Véase S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale*. . . *op. cit.*, pp. 62-65; A. Remiro Brotons, *Derecho internacional público*. . . *op. cit.*, pp. 102-104.

³⁶ Anuario CDI, 1962, t. II, p. 186 y 193 a 195. Por otro lado, en la Conferencia de Viena hubo varios intentos fallidos de países socialistas y afroasiáticos de introducir en la Convención el principio de la universalidad. Todos los intentos coincidían, a pesar de sus matices, en solicitar que se incluyera una norma que reconociera el derecho de todos los Estados a adherirse a los convenios multilaterales que versaran sobre Derecho internacional general o cuestiones de interés de la Comunidad internacional. Por otro lado, los partidarios de la doctrina de la autonomía de la voluntad sostienen que es perfectamente correcto, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sostener que cada Estado es libre para elegir los sujetos de Derecho internacional con los que negocia y desea vincularse. E. De la Guardia, *Derecho de los tratados*. . . *op. cit.*, pp. 54- 58.

³⁷ C. Sepúlveda, *Derecho internacional*. . . *op. cit.*, p. 95.

acuerdos bilaterales como combinaciones pares de partes hubiera. En las negociaciones del Congreso de Viena, se resumieron por primera vez en un solo instrumento (el Acta Final del 9 de junio de 1815) los acuerdos logrados por las partes, que constaban en tratados bilaterales. En este Congreso nació la idea de que diversos tratados bilaterales redactados en los mismos términos constituirían, en el caso concreto, un solo instrumento jurídico, aunque en su forma siguieran siendo diversos acuerdos bilaterales. Posteriormente, también la forma se simplificó y las obligaciones se hicieron constar en un único instrumento firmado y ratificado por todas las partes interesadas cuya administración se encomendaba a un Estado que era denominado “depositario”.³⁸

Además de ser una mejora instrumental, la Comunidad internacional encontró en los tratados multilaterales el medio más adecuado para favorecer el logro de sus intereses comunes³⁹. Por esta razón P. Reuter escribió: “La conciencia, cada vez mayor, de la dimensión de estos intereses comunes fue el terreno en el que germinó la semilla de los tratados multilaterales”⁴⁰. Sin duda, el desarrollo de los tratados multilaterales de protección ambiental es una manifestación del interés común que la Comunidad internacional tiene en la protección del medio ambiente.

II. LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

A) CONCEPTO

Cuando la protección del medio ambiente o de alguno de sus elementos es la principal materia regulada por un tratado que tiene tres o más Estados parte estamos ante la presencia de un tratado multilateral de protección ambiental, o lo que es lo mismo, de un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente (AMUMA). De este modo,

³⁸ P. Reuter, *Introduction au droit. . ., op. cit.*, pp. 18 y 19.

³⁹ En cualquier caso, conviene precisar que la existencia de intereses comunes no impide que existan también otros intereses individuales divergentes entre los Estados.

⁴⁰ P. Reuter, *Introduction au droit. . ., op. cit.*, p. 2.

la existencia de un AMUMA implica que tres o más sujetos de Derecho internacional han expresado su voluntad de obligarse respecto de un acuerdo sometido al imperio del Derecho internacional y en el que la protección ambiental es su objetivo principal⁴¹.

Ahora bien, la dimensión internacional de los problemas ambientales contemporáneos parece indicar que el criterio de generalidad y apertura propuesto por la CDI en la década de los 60 debería ser tomado en cuenta al calificar los tratados ambientales de multilaterales. En ese sentido conviene mencionar que en los estudios que está realizando actualmente el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, han surgido algunas propuestas por parte de ciertos Estados miembros para definir los AMUMA. En ellas se han sugerido los siguientes criterios: a) que tenga objetivos medioambientales; b) que esté abierto a la participación de todos Estados de la Comunidad internacional; c) que sean documentos jurídicamente vinculantes (en vigor o debidamente firmados y ratificados pero que aún no están en vigor); d) con participación de tres partes como mínimo, incluyendo los acuerdos regionales, y con la participación de un número considerable de países que refleje los intereses de las principales partes en cuestión, a saber, partes con intereses comerciales sustanciales, principales productores y consumidores, actuales y potenciales, de las mercancías afectadas; e) que estén negociados bajo los auspicios de las Naciones Unidas o del PNUMA⁴². En cualquier caso, aún no se ha adoptando ninguna definición.

Aunque la protección ambiental es el objetivo principal de los AMUMA sus disposiciones sólo regulan las conductas humanas ya que, además de ser las únicas susceptibles de ser reguladas, son las responsables de la degradación ambiental actual.

⁴¹ Ahora bien, muchos acuerdos multilaterales establecidos para lograr fines no ambientales contienen algunas disposiciones destinadas a proteger el medio ambiente. No obstante, la doctrina no se refiere a ellos como tratados multilaterales de protección ambiental, porque su objetivo principal no es el medio ambiente.

⁴² Para la propuesta de definición de “acuerdo multilateral sobre el medio ambiente” de la UE, véase. OMC Doc. (TN/TE/W/1) 21/03/2002. Para la propuesta de Argentina. OMC Doc. (TN/TE/W/2) 23/05/2002. Para la propuesta de Japón. OMC Doc. (TN/TE/W/10) 3/10/2002.

B) OBJETO DE REGULACIÓN

En palabras de J. Juste Ruiz: “La acción del Derecho no puede proyectarse más que sobre los comportamientos humanos, único que obedecen en su caso a las exigencias legales, y no sobre los otros elementos ambientales que sólo obedecen a las fuerzas naturales”⁴³. Entre las actividades humanas que los acuerdos ambientales regulan tienen un lugar especial las actividades económicas. Existen razones de peso para que sea así.

1. *Las actividades económicas y la degradación ambiental*

El incremento de las actividades económicas en los últimos 50 años es la causa principal de los problemas ambientales contemporáneos. El crecimiento económico de las últimas décadas, definido como mayor producción y consumo⁴⁴, ha elevado el nivel y calidad de vida en algunas partes del mundo. No obstante, la presión que éste ejerce sobre los recursos naturales que lo alimentan⁴⁵, el consumo de energía y los desperdicios que genera⁴⁶, son los principales responsables de que el medio ambiente haya alcanzado un nivel de degradación sin precedentes⁴⁷. La emisión de gases y partículas contaminantes ha ocasionado daños a la atmósfera que se manifiestan en

⁴³ J. Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 7.

⁴⁴ A. Suárez, *Diccionario de Economía y Administración*, Madrid: McGraw-Hill, 1992, p. 77.

⁴⁵ Sólo durante los últimos 25 años la tierra ha perdido un tercio de su capital natural a consecuencia del crecimiento económico, excediendo en un 20 por ciento los límites de su capacidad regenerativa. Cfr. *El Informe Planeta Vivo WWF/Adena*, disponible en línea en <http://www.ecozona.org/noticias.asp?nw=151>; *International Herald Tribune*, 3 de noviembre de 1999; J. Dooge y M. Brennan (eds), *An Agenda of Science for Environment and Development into the 21st. Century*, Cambridge University Press, 1992, pp. 68 y 69. Algunos autores llaman a este fenómeno el *déficit ecológico*. El déficit ecológico está relacionado con la explotación de recursos por encima de su capacidad regenerativa. Cuando se ha superado este punto, toda explotación resta de forma irreversible capital natural al stock universal que no dispondrá de tiempo para regenerarse.

⁴⁶ Mayor producción implica mayor consumo de energía. En el siglo pasado, la quema de combustibles fósiles se multiplicó por 30. Tres cuartas partes de este aumento tuvieron lugar a partir de la segunda mitad del siglo. Véase Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, Madrid: Alianza Editorial S.A., 1992, p. 54. Adicionalmente, el crecimiento económico aumenta la contaminación en forma de desperdicios excediendo la capacidad natural de la tierra para neutralizarlos. Véase D. Clark, “The Greening Protectionism: Industry and Environmental Coalitions to Oppose Trade Pacts”, *World Competition- Law and Economics Review*, Vol. 19, September 1995, No.1, p. 105.

⁴⁷ PNUMA/IISD, *Manual de Comercio y Medio Ambiente*; Winnipeg, Canadá: Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible, 2005, p. 2. Disponible también en línea en <http://www.iisd.org/trade/handbook>.

forma de calentamiento global y reducción de la capa de ozono. La presión sobre los recursos naturales para la producción de mercancías ha ocasionado pérdidas importantes en la diversidad biológica (actualmente se consideran en peligro de extinción el 24% de las especies de mamíferos y el 12 % de las aves). Los océanos presentan elevados índices de contaminación como consecuencia de que se les ha utilizado como depósito de desechos. La tala inmoderada ha ocasionado que sólo en la década de los 90 se hayan perdido cerca de 94 millones de hectáreas de masa arbórea. Así también, se considera que el uso incorrecto de las tierras agrícolas provoca el abandono de 10 millones de hectáreas de tierras irrigadas al año.⁴⁸

Aunque en algunos casos la degradación ambiental afecta a un entorno geográfico próximo, con frecuencia, los problemas ambientales adquieren una dimensión internacional y precisan de la cooperación internacional para ser abordados.

2. El imperativo de la cooperación en la protección del medio ambiente

En esencia, la razón de la importancia de la cooperación en este campo la encontramos en que el medio ambiente es indivisible, conforma una unidad ecológica con vínculos entre sus elementos de tal variedad que incluso la ciencia moderna es incapaz de comprenderlos en su totalidad. Paradójicamente, el medio ambiente, a pesar de ser una unidad, ha sido parcelado políticamente y, con algunas pocas excepciones, está sometido a la ordenación establecida por el Estado territorial al que el Derecho internacional le reconoce soberanía sobre sus elementos⁴⁹. Las consecuencias prácticas de ello no son insignificantes: la explotación de los recursos naturales y la protección de

⁴⁸ PNUMA, *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2002 (GEO3): Pasado, Presente y Futuro*, Madrid: Mundi-Prensa, 2002, p XX y ss.

⁴⁹ En la resolución 1803/62 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 1962 tiene su origen el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Este principio ha sido confirmado también en posteriores resoluciones de la Asamblea General, por ejemplo, la resolución 2467B (XXIII) del año 1968, la resolución 2566 (XXIV) del año 1969, la resolución 3171 (XXVIII) del año 1973.

los elementos ambientales ha sido considerada durante años competencia exclusiva del Estado territorial en el que se ubican. La excepción la forman los “bienes globales” o “bienes comunes de la humanidad”, que comprenden algunos elementos del medio natural que caen fuera de la jurisdicción individual de los Estados, que incluyen tanto las zonas o espacios no sujetos a jurisdicción nacional, la alta mar, el espacio ultraterrestre, los fondos marinos y oceánicos, la atmósfera, el clima, y en una interpretación extendida, la flora y fauna terrestres, incluso algunos enfoques incluyen como bien global a la Antártida⁵⁰.

El problema es que la degradación ambiental no encuentra límites en las fronteras políticas de los Estados ya que la contaminación originada en un Estado puede afectar áreas localizadas dentro de la jurisdicción territorial de otro Estado o a los bienes comunes, a este fenómeno se le conoce como “contaminación transfronteriza”. También es posible que se dé lo que J. Juste Ruiz denomina como “exportación de la contaminación”, que difiere de la contaminación transfronteriza en que lo que sale de la jurisdicción nacional no son los efectos contaminantes, sino la fuente o riesgos de la contaminación⁵¹. La contaminación producida por los medios de transporte o el vertimiento de desechos tóxicos en alta mar son un ejemplo. La falta de un titular exclusivo de los bienes globales, por otro lado, lleva implícito el riesgo de que los Estados exploten los recursos naturales compartidos de forma egoísta generando externalidades negativas que nos lleven eventualmente a “la tragedia de los comunes”⁵².

⁵⁰ J. Vogler, *The Global Commons: A Regime Analysis*. West Sussex, England: John Wiley & Sons Ltd., 1995, pp. 6-10. Véase también O. Casanovas, “Unidad y pluralismo. . .”, *op. cit.*, p. 207.

⁵¹ J. Juste Ruiz, *Derecho internacional. . .*, *op. cit.*, p. 12.

⁵² En 1968, el biólogo Garrett Hardin de la Universidad de California publicó un artículo llamado “*The Tragedy of the Commons*” en la revista *Science*. Hardin planteó la tragedia de los comunes en forma de ejemplo: una aldea en la que cada familia es propietaria de su ganado, pero comparten en común los pastos. Todas las familias llevan sus animales a pastar a los terrenos comunes. Ninguna está estimulada a cuidar los pastos, a procurar que no se agoten o se estropeen, a controlar o reducir el uso que hace su ganado de esos bienes comunales. En lugar de dejar descansar los pastos para que se regeneren, cada familia para mejorar los beneficios aumentan el número de sus cabezas de ganado, con el tiempo los pastos se agotaron y el negocio también.

De este modo, la protección del medio ambiente en general y, en particular, de los bienes globales, depende en gran medida de los esfuerzos conjuntos de todos los Estados que componen la comunidad internacional. Por esta razón, aunque se reconoce a todos los Estados el derecho soberano de explotar sus propios recursos conforme a sus políticas ambientales, diversos instrumentos de Derecho internacional del medio ambiente establecen, por un lado, la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional y, por otro lado, el deber de todos los Estados de cooperar para la protección del medio ambiente⁵³. El surgimiento de nociones tales como “patrimonio común de la humanidad”⁵⁴, “preocupación común de la humanidad”⁵⁵ e “interés común de la humanidad”⁵⁶ sobre algunos elementos ambientales, son una prueba de esta nueva tendencia a mundializar la protección del medio ambiente, que hasta hace poco era considerada una cuestión que

⁵³ El principio 24, de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*, de 16 de junio de 1972, dispone: “...Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados. . .”. (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1). Otros instrumentos internacionales también consagran el deber de cooperación para la protección del medio ambiente, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2995(XXVII), 2996(XXVII) y 2997 (XXVII) de 15 de Diciembre de 1972; Principio 21. a) de la *Carta Mundial de la Naturaleza*. ONU. Doc. A/37/51 (1982); Principio 7 del *Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo*, de 14 de Junio de 1992 que añade al deber de cooperación el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1) Algunos autores, como Juste Ruiz, sostienen que el deber de cooperación es un principio expresivo de una pauta de comportamiento exigible a los sujetos de Derecho internacional. J. Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 69. Véase también O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo . . .”, *op. cit.*, p. 207.

⁵⁴ La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en su preámbulo y en su Parte XI incorpora los principios derivados de la Resolución 2749(XXV) de 17 de diciembre de 1970, en donde la Asamblea General de la ONU declaró solemnemente que: “Las zonas de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos son patrimonio común de la humanidad...”. Doc. A/CONF. 62/122 de 10 de diciembre de 1982, (BOE, 14 de febrero de 1997, No. 39).

⁵⁵ La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en el preámbulo establece: “Reconociendo que los cambios del clima de la tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de la humanidad”. Véase (BOE, 01 de febrero de 1994, No. 27).

⁵⁶ El Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, en su preámbulo establece: “Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad...”. Véase (BOE, 01 de febrero de 1994, No. 27).

pertenecía a la competencia exclusiva de los Estados⁵⁷. De hecho, el surgimiento y el desarrollo del Derecho internacional del medio ambiente es un reconocimiento implícito de la importancia de la cooperación en la protección del medio ambiente⁵⁸.

C) EVOLUCIÓN DE LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

1. *Los orígenes*

Antes de 1900 había pocos tratados multilaterales que regularan aspectos ambientales. Los pocos que había se centraban en regular aguas limítrofes, la navegación y los derechos de pesca en aguas compartidas⁵⁹. Los primeros tratados multilaterales de alcance general para la protección de ciertas especies aparecieron en 1900 con la Convención Africana para la Preservación de Animales, Aves y Peces de la Vida Silvestre⁶⁰ y en 1902 con la Convención para la Protección de las Aves Útiles para la Agricultura⁶¹. A estos siguieron entre 1930 y 1940, entre otros, el Convenio de Londres sobre Conservación de la Fauna y Flora en estado Natural de 1933⁶² y la Convención para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas de América de 1940⁶³, así como el Primer Tratado Ballenero Internacional⁶⁴. No obstante, conviene

⁵⁷ J. Juste, A. Blanc, F. López, R. Martín, D. Carbajo, J. De la Cuesta, F. Morales y J. Valle (Coordinador), *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona: Aranzandi Editorial, 1997, pp. 30-31. Sin embargo, el valor jurídico real de nociones tales como *patrimonio*, *interés* y *preocupación común*, es aún incierto, pues mientras que algunos autores los reducen a meros principios morales, otros les otorgan valor jurídico indiscutible. A. Blanc, *El Patrimonio Común de la Humanidad: Hacia una Régimen Jurídico Internacional para su Gestión*, Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1992, pp. 31-32.

⁵⁸ F. Paolillo, "Fuentes y Evolución del Derecho internacional del Medio Ambiente", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. II, 1998, p. 358.

⁵⁹ La Convención para Regular la Navegación del Río Rin de 1968 (Reino Unido, Suiza, Holanda, Alemania, Francia y Bélgica) y, el Tratado para la Reglamentación de la Pesca de Salmónidos en la Cuenca del Rin de 1885 (Alemania, Luxemburgo, Holanda y Suiza) son algunos ejemplos. Para una lista cronológica de los acuerdos internacionales de protección ambiental véase E. Brown Weiss, D. Barstow y P. C. Szasz (eds.), *International Environmental Law: Basic Instruments and References*, New York: Transnational Publishers, 1992.

⁶⁰ Firmada en Londres el 19 de mayo de 1900 y ratificada por Alemania, España, Francia, Italia, Portugal y el Reino Unido.

⁶¹ Firmado en París el 19 de marzo de 1902 por Austria, Bélgica, Checoslovaquia, Francia, Alemania, Hungría, Holanda, Suiza, España, Polonia y Portugal.

⁶² Firmada en Londres en 1933 por Bélgica, Egipto, India, Italia, Reino Unido, Sudan y Portugal entre otros.

⁶³ Firmada en Washington el 12 de octubre de 1940 por la mayoría de los Estados americanos.

resaltar que tras los acuerdos adoptados, más que una preocupación por los bienes ambientales existía una motivación económica⁶⁵.

2. *Nacimiento de la conciencia ambiental internacional*

En la década de los 50 y a principios de los años 60 se negociaron algunos acuerdos sobre responsabilidad por daños nucleares y sobre algunas medidas necesarias para prevenir la contaminación del mar por los hidrocarburos. A partir de este momento diversas publicaciones advirtieron sobre las consecuencias del crecimiento económico en el medio ambiente, plantando la semilla de la conciencia ambiental internacional que años más tarde daría como fruto una incesante actividad normativa⁶⁶.

El temor sobre las repercusiones del crecimiento económico en el desarrollo social y el medio ambiente llevó a que en 1972 se celebrara en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano⁶⁷. Fue en esta Conferencia en donde se adoptó como principio de Derecho internacional del medio ambiente el deber de proteger y cooperar con otros Estados en la protección del medio ambiente a través de la celebración de tratados multilaterales o bilaterales o por otro medios

⁶⁴ Firmado en Ginebra el 24 de septiembre de 1931. Entró en vigor el 16 de enero de 1935. Este tratado fue reemplazado posteriormente por acuerdos más completos hasta la suscripción de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de las Ballenas del año 1946.

⁶⁵ E. Brown Weiss, "International Environmental Law: Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 81, 1993, p. 676. Comentando que las partes en estos acuerdos partían de una perspectiva utilitarista, diseñando los instrumentos con la finalidad de aportar beneficios a sus partes a corto plazo véase V. P. Nanda, *International Environmental Law and Policy*, New York: Transnational Publishers, 1995, p. 73.

⁶⁶ En esencia, estas publicaciones coincidían en advertir que un crecimiento económico insensible con el medio natural podría llevar al agotamiento de los recursos y a una contaminación del medio ambiente que a la postre impondrían un límite definitivo al desarrollo económico. Entre las obras más influyentes se encuentran: B. Russell, *Has Man a Future?*. Harmondsworth Penguin Books, 1961; R. Carlson, *Silent Spring*, London: Hamish Hamilton, 1963; The Club of Rome, *The Limits of Growth*. New York: Universe Books, 1972. En el nacimiento de la conciencia ambiental internacional también influyeron algunas catástrofes ecológicas, nunca antes vistas, como la marea negra provocada en 1967 por el petrolero *Torrey Canyon* frente a las costas de algunos países de Europa.

⁶⁷ Véase *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, hecha en Estocolmo el 16 de junio de 1972. (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1). La Comunidad internacional en el preámbulo de la declaración de Estocolmo reconoció que: "...a nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles...".

apropiados; y donde por primera vez, desde la revolución industrial, se introdujo la noción de que la planificación del desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación del medio ambiente poniendo énfasis en la necesidad de tomar medidas para evitar el agotamiento de los recursos naturales para bien de las futuras generaciones⁶⁸. En el ámbito institucional, la Conferencia de Estocolmo recomendó la creación de un secretariado en las Naciones Unidas para la acción y coordinación de las cuestiones del medio ambiente. Esta recomendación dio lugar al establecimiento del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) al que se le encomendó, entre otras tareas, proveer orientación ejecutiva y actuar como instrumento catalizador para el desarrollo de programas de cooperación internacional en materia ambiental⁶⁹. En cualquier caso es importante decir que el régimen internacional del medio ambiente sigue careciendo de una institución que de forma general cuente con competencias para supervisar la aplicación de los AMUMA. A raíz de la Conferencia de Estocolmo tuvo lugar un importante desarrollo normativo, en gran medida gracias a la actividad realizada por el PNUMA, en particular el programa de protección de los mares regionales⁷⁰. Entre otros tratados multilaterales concluidos después de la Conferencia de Estocolmo encontramos: la Convención de Londres sobre Prevención de la Contaminación del mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias de 1972; la Convención sobre el Patrimonio Mundial de 1972; la Convención sobre la Prevención de la Contaminación por Buques (MARPOL) de 1973/1978; la Convención Internacional para la Conservación de ciertas Especies Amenazadas (CITES) de 1973; la Convención de Viena y el Protocolo de Montreal relativo a la Substancias que agotan

⁶⁸ *Ibid.*, principios 2,4, 5, 21 y 24.

⁶⁹ El PNUMA se creó mediante la Resolución 2997 (XXVII) de la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 1972. Está gobernado por un Consejo de Administración compuesto por 58 Estados y cuenta con un Secretariado comandado por un Director Ejecutivo.

⁷⁰ A. Kiss, "The Implications of Global Change for the International Legal System", en: E. Brown Weiss, *Environmental Change and International Law*, Tokio: United Nations University Press, 1992, pp. 317-318.

la Capa de Ozono, de 1987 (Protocolo de Montreal); el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desecho Peligrosos y su Eliminación, de 1989 (Convenio Basilea). La explosión de acuerdos internacionales del medio ambiente en el decenio de los 70 ha llevado a decir que el Derecho internacional del medio ambiente moderno tiene su origen en esos años⁷¹. A pesar del desarrollo normativo generado después de Estocolmo, el deterioro del planeta se ha extendido.

3. *El Desarrollo Sostenible: nuevo paradigma internacional*

En 1987 fue publicado el *Informe Brundtland*, un riguroso diagnóstico de la situación ambiental de la tierra elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, cuya influencia impregna actualmente las políticas ambientales y económicas alrededor del mundo. La conclusión general del informe giraba en torno a la necesidad de compatibilizar las necesidades económicas y sociales, principalmente de los países más pobres, con la protección del medio ambiente cada vez más deteriorado por el incremento de las actividades económicas. Sin duda, la aportación más importante del informe fue la formulación de un nuevo paradigma internacional que permite superar, a nivel teórico, el antagonismo aparente entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente: el desarrollo sostenible. El Informe define el objetivo del desarrollo sostenible como la política económica que se orienta a satisfacer las necesidades presentes sin comprometer la habilidad de futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades⁷². En otras palabras, que los niveles

⁷¹ E. Brown Weiss, "Global Environmental Change and International Law: The Introductory Framework", en: E. Brown Weiss, *Environmental Change*. . . , *op. cit.*, p. 7.

⁷² Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*. . . , *op. cit.*, p. 29. J. Juste Ruiz observa que, el desarrollo sostenible persigue el logro de tres objetivos esenciales: un objetivo puramente económico, la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo; un objetivo social y cultural, la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social; y un objetivo ecológico, la preservación de los sistemas físicos y biológico que sirven de soporte a la vida de los seres humanos. J. Juste Ruiz, *Derecho internacional*. . . , *op. cit.*, p. 33.

de consumo de recursos naturales en las actividades económicas se mantengan a un nivel que permita a la naturaleza la regeneración de los recursos⁷³.

A raíz de la publicación del *Informe Brundtland* se puso en marcha en la ONU un proceso que culminaría con la segunda gran cumbre de la Tierra: la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992. Si bien es verdad el *Informe Brundtland* proporcionó la base conceptual del desarrollo sostenible, fue en Río en donde la Comunidad internacional adoptó este nuevo paradigma como principio rector de las políticas económicas y ambientales, aunque no se le dio carácter vinculante⁷⁴. En Río se adoptaron, además de dos declaraciones de principios y un programa de acción para lograr el desarrollo sostenible, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que fuera desarrollado por el Protocolo de Kioto en 1997 y, el Convenio sobre la diversidad biológica⁷⁵. Una década después de Río, en 2002, se celebró en Johannesburgo la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Sin embargo, sus logros normativos fueron muy pobres: sólo se aprobaron una declaración política y un plan de acción, pero ningún instrumento multilateral de protección ambiental de naturaleza vinculante⁷⁶.

⁷³ P. Orduna, *El Medio Ambiente en la Política de Desarrollo*, Madrid: ESIC Editorial, 1995, p. 22. El desarrollo sostenible se basa en la creencia de que los avances tecnológicos nos permitirán hacer un uso más eficiente de la energía, agua y otros recursos. De esta manera, se retardará el consumo peligrosamente rápido de los recursos finitos, permitiendo su regeneración. En los países desarrollados, el desarrollo tecnológico ha permitido hacer más eficientes los métodos de producción, produciendo con menos energía y recursos naturales un número mayor de bienes. No obstante, la presión para el medio ambiente no ha disminuido en términos generales, porque la demanda de bienes aumenta a mayor ritmo que la eficiencia de producción. El crecimiento de la población mundial que en menos de 100 años se ha triplicado y que ha tenido lugar principalmente en los países en vías de desarrollo, así como los hábitos de alto consumo de los países desarrollados, que con el 15 por ciento de la población son responsables del 51 por ciento del consumo global ha presionado incesantemente el incremento de la producción mundial con todas sus consecuencias para el medio ambiente. Por esta razón, las opiniones más capacitadas han considerado que el desarrollo sostenible sigue siendo meramente teórico. Véase PNUMA, *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2002 (GEO3)* . . . , *op. cit.*, p. X.

⁷⁴ Véase la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. . . , *op. cit.*

⁷⁵ J. Juste Ruiz ha observado que los acuerdos adoptados en Río comparten dos características. Son complementarios, pues todos buscan lograr el desarrollo sostenible; son evolutivos, en el sentido de que constituyen un marco general que progresivamente debe ser desarrollado y precisado. J. Juste Ruiz, *Derecho internacional*. . . , *op. cit.*, pp. 23-24.

⁷⁶ *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, del 4 de Septiembre de 2002. ONU Doc. A/CONF199/L6/Rev2; *Plan de Implementación de Johannesburgo de la Cumbre Mundial sobre*

En resumen, desde la Conferencia de Estocolmo en 1972, se han adoptado un gran número de acuerdos bilaterales y multilaterales. Según A. Kiss y D. Shelton, actualmente existen más de mil tratados que regulan aspectos relacionados al medio ambiente⁷⁷ y de éstos más de 150 son multilaterales⁷⁸. En torno a esta abundante actividad convencional en ocasiones se percibe lo que se ha denominado una “congestión de tratados”⁷⁹. A continuación nos ocuparemos de enumerar algunas de las principales características los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente.

III. CARACTERÍSTICAS DE LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

A pesar de que existen acuerdos ambientales de tipos muy diversos, se pueden identificar algunas características que comparten la mayor parte de los AMUMA

A) RASGOS GENERALES

En primer lugar, los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente se caracterizan por ser sectoriales. Detrás de la adopción de un tratado del medio ambiente, por lo general, existe un problema específico del que pretende ocuparse. De este modo, las normas de los tratados ambientales tienden a proteger un aspecto ambiental específico: la atmósfera, los mares, la flora y fauna, etc. A pesar de que la interconexión entre los diversos elementos que componen el medio ambiente ha sido reconocida y, en algunos casos ha dado lugar a regímenes internacionales que cubren ámbitos materiales

Desarrollo Sostenible, del 4 de Septiembre de 2002. ONU Doc. A/CONF.199/20*. Para una valoración de los resultados de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo véase K. R. Gray, “II. World Summit On Sustainable Development: Accomplishments And New Directions?”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, January 2003, pp. 256-268.

⁷⁷ A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law*, London: Graham & Trotman Ltd., 1991, p. 96.

⁷⁸ F. Paolillo, “Fuentes y Evolución del Derecho . . .”, *op. cit.*, p. 374.

⁷⁹ E. Brown Weiss, “International Environmental Law . . .”, *op. cit.*, p. 675.

relativamente amplios⁸⁰, a diferencia de lo que sucede en otros regímenes internacionales como el del comercio, no existe un convenio multilateral cuyo ámbito material englobe todos los aspectos del medio ambiente.

En segundo lugar, ya que en muchos casos no es posible revertir los daños ambientales o cuando se producen es difícil ubicar las fuentes y asignar responsabilidad⁸¹, los tratados ambientales, más que procurar la reparación del daño o la asignación de responsabilidades, tienen una marcada tendencia a hacia la prevención de la contaminación, el agotamiento de los recursos o la extinción de la flora y fauna⁸². El énfasis en la prevención en este contexto puede apreciarse claramente en el pronunciamiento de la CIJ en el asunto *Gabcíkovo-Nagymaros* en el que dijo: “En el ámbito de la protección del medio ambiente la vigilancia y prevención se imponen en razón del carácter a menudo irreversible de los daños causados al medio ambiente”⁸³.

En tercer lugar, los tratados ambientales tienen una marcada tendencia hacia el establecimiento de estructuras administrativas, ya que institucionalizan órganos de gestión que facilitan la aplicación de sus disposiciones⁸⁴. Así, es habitual que los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente establezcan instancias institucionales compuestas por representantes de los Estados miembros que adoptan la forma de

⁸⁰ Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar tiene por objetivo la protección y preservación del medio ambiente marino. Como observa el profesor Kiss, esto engloba mucho más que sólo el agua del mar. A. Kiss, “The Implications of Global Change. . .”, *op. cit.*, p. 318.

⁸¹ Véase sobre este tema A. Kiss, “Present Limitis to Enforcement of State Responsibility for Environmental Damage”, en: F. Francioni y T. Scovazzi (eds.), *International responsibility for environmental harm*, London: Graham & Trotman, 1991, pp. 3-14; J. Juste Ruiz, “Responsabilidad internacional y daños al medio ambiente: Problemas de atribución”, en: C. Jiménez Piernas (ed.), *La responsabilidad internacional: Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, Alicante: Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales, 1990, pp. 113-136.

⁸² J. L. Dunhoff, “From Green to Global: Towards the Transformation of International Environmental Law”, *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 19, 1995, pp. 247-248.

⁸³ Véase CIJ, *Recueil* 1997, párr. 140. La necesidad de prevenir los daños ambientales ha dado como fruto el principio de precaución, cada vez más consolidado en el Derecho internacional del medio ambiente, y que dispone que la ausencia de conocimiento pleno de los efectos ambientales no deben impedir que se adopten las medidas preventivas necesarias para impedir que se materialice. Véase D. Freestone y E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law [The Challenge of Implementation]*, The Hague: Kluwer Law International, 1996; P. Jiménez de Parga, *El Principio de prevención en el Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid: La Ley, 2001.

⁸⁴ A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law. . .*, *op. cit.*, p. 103-104.

“Conferencias de las Pares”, “Reuniones de las Partes”, “Comisiones”, entre otras. Por lo general, las decisiones adoptadas por estos órganos de gestión no tienen carácter vinculante, salvo algunas excepciones⁸⁵, son más bien recomendaciones⁸⁶. Conviene mencionar que en la actualidad diversos acuerdos ambientales establecen disposiciones que permiten a ONGs participar en la implementación de sus disposiciones⁸⁷.

Por último, la generalidad también es un rasgo característico de los tratados ambientales. Los derechos y obligaciones en ellos establecidos suelen estar redactados en términos generales, imprecisos o ambiguos. Como observa Felipe H. Paolillo, la naturaleza vinculante de las obligaciones ambientales con frecuencia es suavizada por el abuso en la utilización del tiempo condicional de los verbos, pues es habitual encontrar en los tratados ambientales expresiones como: “en la medida de lo posible”, “si corresponde”, “harán los esfuerzos necesarios”, entre otras.⁸⁸

Los AMUMA modernos cuentan con estructuras convencionales novedosas y con procedimientos menos formales en materia de enmiendas y algunas características particulares en relación con las reservas y terceros Estados⁸⁹

B) LA TENDENCIA A CREAR REGÍMENES INTERNACIONALES DINÁMICOS

La característica de la generalidad se manifiesta claramente en las técnicas de negociación que siguen los tratados ambientales modernos: la adopción en primer lugar

⁸⁵ Algunos tratados internacionales dotan a sus órganos de gestión con poderes para adoptar resoluciones obligatorias. Normalmente, este tipo de decisiones deben ser adoptadas por unanimidad o por consenso. La Comisión internacional de la Ballena, por ejemplo, ha sido dotada por las partes en la Convención para la protección de la Ballena, con la facultad de adoptar resoluciones obligatorias sobre varias materias, incluyendo medidas para proteger especies amenazadas.

⁸⁶ J. Juste Ruiz, *Derecho internacional. . .*, *op. cit.*, p. 56-57.

⁸⁷ M. A. Fitzmaurice, “International Protection of the Environment”, *Recueil des cours*, Vol. 293, 2001, p. 101.

⁸⁸ F. Paolillo, “Fuentes y Evolución del Derecho . . .”, *op. cit.*, pp. 377-378; J. Juste Ruiz, *Derecho internacional. . .*, *op. cit.*, p. 55. El profesor Kiss ha observado que, en muchos casos, las normas que contienen este tipo de términos, a pesar de estar contenidas en instrumentos vinculantes, en realidad, se asemejan a las normas no vinculantes conocidas por la doctrina como “soft law”. A. Kiss, “The Implications of Global Change. . .”, *op. cit.*, p. 321.

⁸⁹ M. A. Fitzmaurice, “International Protection . . .”, *op. cit.*, p. 100.

de un tratado principal, denominados “tratados marcos”, seguido por otros instrumentos complementarios vinculados a éste que adoptan la forma de “Protocolos”, “Anexos”, “Apéndices”, etc⁹⁰. En los “tratados marco” se establece de forma muy general el ámbito material, los objetivos y principios del acuerdo, así como los mecanismos para su desarrollo normativo posterior que habrán de realizar las partes, pero, más allá de un compromiso de cooperar, no establecen obligaciones específicas inmediatamente exigibles para los Estados. Para su adopción generalmente se siguen las formalidades tradicionales de negociación ratificación y firma de conformidad con las normas de Derecho interno de las partes interesadas. En cualquier caso, conviene observar que en algunos casos, la aplicación provisional del acuerdo está permitida mientras está pendiente el proceso de ratificación⁹¹. Por otro lado, en los “Protocolos”, “Anexos”, “Apéndices” se contienen las obligaciones específicas de los Estados necesarias para lograr el objetivo del acuerdo enunciado en el tratado principal⁹². Los acuerdos que complementan el tratado principal, normalmente, se sujetan a menos formalidades, de modo que pueden ser enmendados y entrar en vigor por procedimientos más rápidos⁹³.

⁹⁰ Algunos de los acuerdos en los que se ha aplicado esta técnica son: el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, hecha en Ginebra el 13 de noviembre de 1979 (*BOE*, 10 de marzo de 1983, No. 59); el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, del 22 de marzo de 1985 (*BOE*, 16 de noviembre de 1988, No. 275); la Convención marco sobre el cambio climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992 (*BOE*, 01 de febrero de 1994, No. 27). Para un estudio de esta técnica de negociación véase A. Kiss, “Les traités-cadres: Une technique juridique caractéristique du droit international de l’environnement”, *Annuaire Français du Droit International*, XXXIX, 1993, p. 795; P. Szasz, “International Norm-Making”, en: E. Brown Weiss, *Environmental Change and International Law*, Tokio: United Nations University Press, 1992, pp. 63-66. Para una lista de los precedentes de esta técnica *vid.* P. Contini y P. H. Sands, “Methods to Expedite Environment Protection: International Ecostandards”, *American Journal of International Law*, vol. 66, No. 1, 1972, p. 41.

⁹¹ M. A. Fitzmaurice, “International Protection . . .”, *op. cit.*, pp. 103-104.

⁹² En cuanto al contenido de los instrumentos complementarios, éste varía dependiendo de lo que establece el tratado principal. En los tratados de pesquerías y de conservación de la fauna, los instrumentos complementarios contienen la enumeración de las especies protegidas, los métodos de conservación; en los anexos de los tratados sobre contaminación se regulan entre otros temas los niveles de emisión, las restricciones a la producción o al comercio de ciertas substancias, los controles técnicos; en tratados para proteger monumentos o lugares de valor histórico o estético, los anexos contienen listas de edificios y localidades. Paolillo, F., “Fuentes y Evolución del Derecho . . .”, *op. cit.*, p. 382.

⁹³ Véase por ejemplo, el artículo 10 (2) (a), del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, del 22 de marzo de 1985 (*BOE*, 16 de noviembre de 1988, No. 275); M. A. Fitzmaurice, “International Protection . . .”, *op. cit.*, p. 99; G. Handl, “Environmental Security and Global Change: The Challenge to

Esta técnica de negociación ha probado ser un mecanismo muy útil para el desarrollo progresivo de regímenes internacionales de protección ambiental y para dotar de la flexibilidad necesaria a los acuerdos ambientales que permitan adecuar sus normas a los avances de la ciencia y la tecnología. La flexibilidad como característica de los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente a llevado a algunos autores a caracterizar de *dinámicos* a los regímenes internacionales del medio ambiente⁹⁴. Así, por un lado, la ausencia de obligaciones inmediatamente exigibles en los tratados marco facilita y hace más rápida su adopción⁹⁵. En consecuencia, el desarrollo de normas más específicas y de obligaciones concretas en los instrumentos complementarios se facilita al estar los Estados interesados ya vinculados con el objetivo y principios del acuerdo principal⁹⁶. Por otro lado, ya que nuestro conocimiento sobre los fenómenos ambientales está en constante evolución, el carácter menos formal de los instrumentos complementarios permite adecuar sus normas a los avances científicos y tecnológicos⁹⁷.

C) LA PROHIBICIÓN DE FORMULAR RESERVAS

Conforme al Derecho internacional un Estado puede formular una reserva⁹⁸ en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a

International Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 1, 1990, p. 5; A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law*. . ., *op. cit.*, pp. 101-102.

⁹⁴ Véase T. Gehring, “International Environmental Regimes: Dynamic Sectorial Legal Systems”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1990, Vol. 1, pp. 35-56. También algunos autores los califican de “regímenes evolutivos”. M. A. Fitzmaurice, “International Protection . . .”, *op. cit.*, p. 100.

⁹⁵ La Convención sobre el cambio climático deben su entrada en vigor en tiempo relativamente breve al hecho de que no contienen obligaciones específicas. Comentando como este tipo de acuerdos facilitan la cooperación internacional. A. Kiss, *Droit International de l’environnement*, Paris, 1989, p. 206.

⁹⁶ L. Susskind y C. Ozawa, “Negotiating More Effective International Environmental Agreements”, en: A. Hurrell y B. Kingsbury (eds.), *The International Politics of the Environment: Actors, Interests, and Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 146. Algunos autores opinan que dada la imprecisión de sus términos, algunas disposiciones de estos tratados marco constituyen, en realidad, *soft law*. A. Kiss: “Les traités-cadres. . .”, *op. cit.*, p. 795.

⁹⁷ E. Brown Weiss, “International Environmental Law . . .”, *op. cit.*, p. 688; M. A. Fitzmaurice, “International Protection . . .”, *op. cit.*, p. 100.

⁹⁸ La CVDT dispone que se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado

menos que la reserva esté prohibida por el tratado; que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o que, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado⁹⁹. En la mayoría de los tratados del medio ambiente la formulación de reservas no está permitida (UNCLOS, la Convención de Viena, el Protocolo de Montreal, el Convenio de Basilea, la Convención sobre la Biodiversidad, la Convención sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kioto)¹⁰⁰. La tendencia a prohibir las reservas en los tratados ambientales se debe esencialmente a que, por un lado, con frecuencia estos acuerdos adoptan la forma de tratados marco en los que predominan las disposiciones programáticas o las líneas directrices de carácter general y no establecen obligaciones destinadas a regular actividades específicas de los Estados parte y; por otro lado, a que, cuando finalmente se adoptan compromisos específicos, normalmente representan el mínimo común denominador en el nivel de protección, producto de negociaciones largas sobre aspectos que generalmente son económicamente sensibles y en donde la prohibición de a las reservas desea evitar que el nivel de protección –en algunos casos de por sí insuficiente¹⁰¹– se vea disminuido¹⁰². Más aún, la tendencia a prohibir las reservas, como observa F. Paolillo, es necesaria para asegurar la protección del medio

en su aplicación a ese Estado. *Cfr.* El artículo 2 de la CVDT. Para otras definiciones véase W. Bishop Jr., “Reservations to Treaties”, *Recueil des cours*, 1961-II, pp. 249-251.

⁹⁹ Artículo 19 de la CVDT. Ahora bien, existe una controversia doctrinal con relación a los límites impuestos por la CVDT a las reservas contrarias al objeto fin del tratado. Véase para un estudio destallado de estas cuestiones C. Redgwell, “Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties”, *British Journal of International Law*, Vol. 64, 1993, pp. 245-282. Analizando algunos aspectos legales relacionados a la formulación de reservas contrarias al objeto y fin de los acuerdos de protección de elementos ambientales marinos. H. S. Schiffman, “Reservations in Marine Environmental Treaties: Practical Observations and Legal Limitations”, *Whittier Law Review*, Vol. 26, Summer 2005, pp. 1003-1024; C. Wold, “Implementation of Reservations Law in International Environmental Treaties: The Cases of Cuba and Iceland”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 14, Winter 2003, pp. 53-118.

¹⁰⁰ Sobre las reservas en los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente véase P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Manchester: Manchester University Press, 1994, p. 111 y ss.

¹⁰¹ En algunos casos las negociaciones de un tratado duran muchos años y para cuando finalmente hay un instrumento en vigor el daño ambiental que se pretendía evitar o solucionar puede haberse agudizado, precisando un nivel de protección más elevado que el que contiene el acuerdo.

¹⁰² P. Sands, *Principles of International Environmental Law*. . . , *op. cit.*, p. 111.

ambiente, ya que no resulta lógico que frente a los problemas en los que todos los Estados tienen intereses iguales o semejantes, sus derechos y obligaciones sean diferentes por obra de las reservas hechas a los tratados¹⁰³.

D) LA ATENCIÓN PARA LOS ESTADOS NO PARTES

Aunque todos los Estados comparten el deber de cooperar en la protección del medio ambiente¹⁰⁴, las diferencias en el valor asignado a la protección ambiental, así como las distintas prioridades y capacidades económicas de los países, dificultan el logro de este objetivo¹⁰⁵. Aun en los casos en los que los países muestran sensibilidad por los mismos elementos del medio natural, la disponibilidad de recursos puede ser determinante a la hora de decidir qué bienes serán protegidos. Este es el caso de los países en vías de desarrollo que, no obstante su preocupación por el cambio climático, pueden preferir destinar sus limitados recursos para mejorar la calidad del agua en su territorio, en lugar de invertir en el desarrollo de energías más limpias que eviten el efecto invernadero. El temor al incremento de los costes económicos y a la pérdida de competitividad también ha mantenido al margen de la cooperación a algunos países¹⁰⁶.

Ahora bien, ya que los ecosistemas no respetan divisiones políticas, es importante evitar que los países que tienen un impacto importante en el medio ambiente queden fuera de los marcos normativos. Sin embargo, el principio *pacta tertiis neque*

¹⁰³ F. Paolillo, "Fuentes y Evolución del Derecho . . .", *op. cit.*, pp. 384-385.

¹⁰⁴ *Cfr.* Principios 21 y 24 de la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, hecha en Estocolmo el 16 de junio de 1972. (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1); véanse también las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2995(XXVII), 2996(XXVIII) y 2997(XXVII) de 15 de Diciembre de 1972; el Principio 21. a) de la *Carta Mundial de la Naturaleza*. ONU. Doc. A/37/51 (1982); Principio 7 del la *Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo*, de 14 de Junio de 1992. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1)

¹⁰⁵ S. Charnovitz, "Environmental Trade Sanctions and the GATT: An Analysis of the Pelly Amendment on Foreign Environmental Practices", *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, Spring 1994, p. 755.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, Harlan Watson, principal negociadora de los Estados Unidos en materia de cambio climático, dijo que su país no ratificaría el acuerdo internacional para luchar contra el efecto invernadero - el llamado Protocolo de Kioto- porque eso representaría una reducción del 35 por ciento del crecimiento económico de su país. Véase "EEUU: Sólo contra el Protocolo de Kioto", en *Eco.noticias* 5 de noviembre de 2002.

nocet neque prosunt imposibilita crear derechos u obligaciones para terceros Estados sin su consentimiento¹⁰⁷. Por ello, una forma de unir a terceros Estados al régimen son los incentivos. Tradicionalmente, los acuerdos multilaterales del medio ambiente no contenían incentivos para motivar a otros países a adherirse a ellos. Los acuerdos internacionales que han sido adoptados después de la Conferencia de Estocolmo incluyen incentivos para motivar la participación de otros Estados. Los incentivos más comunes son los denominados “positivos” entre los que se encuentran la asistencia técnica, transferencia de tecnología, aportaciones financieras, etc¹⁰⁸. No obstante, algunos acuerdos ambientales utilizan incentivos “negativos” para inducir a cooperar los Estados no partes, por lo general, a través de la presión económica en forma de medidas comerciales.¹⁰⁹ Los incentivos negativos son un instrumento con frecuencia utilizado para hacer frente a los problemas de los “beneficiarios sin contrapartida” (conocidos por la doctrina anglosajona como “*free riders*”); es decir, aquellos países que no participan de las obligaciones de un acuerdo ambiental pero que se benefician, tanto económicamente, aprovechando la pérdida de competitividad de los países que sí asumen obligaciones de protección ambiental, como ambientalmente, a consecuencia de las mejoras en la calidad del medio natural resultantes de la aplicación del acuerdo.

Además de las características mencionadas, podemos decir que la naturaleza de las obligaciones de acuerdos ambientales hace que en la solución de diferencias estén presentes ciertos rasgos que los distinguen de otras ramas del Derecho internacional.

E) LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

La solución de diferencias en el campo del medio ambiente es un tema que requiere especial dedicación y bien merecería ser objeto de estudio de una investigación

¹⁰⁷ Este principio ha sido codificado en el artículo 34 de la CVDT.

¹⁰⁸ E. Brown Weiss, “International Environmental Law . . .”, *op. cit.*, p.691.

¹⁰⁹ Este tema lo trataremos con detalle en el capítulo siguiente.

particular. El objetivo de este epígrafe es mucho más modesto. Sólo nos ocuparemos de esbozar muy brevemente los aspectos generales y aquellos que por su novedad tienen particular interés.

A las controversias internacionales que surjan por una violación de una norma convencional del medio ambiente le son aplicables las reglas tradicionales sobre responsabilidad internacional y, salvo disposición en contrario, nada impide que sean sometidos a arbitraje, a la Corte Internacional de Justicia o a cualquier otro órgano judicial internacional que resulte competente.¹¹⁰ No obstante, las controversias internacionales en materia de medio ambiente presentan algunas características que indican que los procedimientos tradicionales pueden no ser efectivos. Por un lado, como observó la CIJ, el carácter a menudo irreversible de los daños ambientales exige un enfoque preventivo más que sancionador¹¹¹. Esto tiene por consecuencia que la reparación del daño no siempre sea posible, por ejemplo en el caso de la extinción de especies, de la degradación de la capa de ozono, de la desertificación, y que la compensación tampoco sea una solución satisfactoria¹¹². Por otro lado, no siempre es sencillo identificar las fuentes contaminantes o los Estados responsables internacionalmente, como tampoco es fácil saber qué Estados tendrían Derecho a exigir dicha responsabilidad. Más aún, los Estados siempre han sido reticentes a recurrir al arbitraje o a los procedimientos tradicionales de solución de diferencias cuando surgen problemas de naturaleza ambiental, en algunos casos, tiene un efecto disuasorio el temor de verse en el futuro sentados en el lado de los demandados¹¹³.

¹¹⁰ M. A. Fitzmaurice, "International Protection . . .", *op. cit.*, p. 336.

¹¹¹ Véase *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, ICJ Recueil 1997, párr. 140.

¹¹² M. A. Fitzmaurice, "International Protection . . .", *op. cit.*, p. 338.

¹¹³ Como ha observado Fitzmaurice, las catástrofes ambientales de mayor dimensión como Chernobyl no han dado lugar a ningún procedimiento de naturaleza judicial. *Ibid.*, p. 352. Por otro lado, el 19 de julio de 1993 se constituyó una sala especial permanente de la Corte Internacional de Justicia para resolver las controversias internacionales en materia del medio ambiente, que hasta la fecha no ha sido utilizado. Véase CIJ: Communiqué (non officiel pour publication immediate) No. 94/10, 14 de marzo de 1994.

Así, siendo que es preferible evitar el daño ambiental antes que dejar surgir las diferencias, en el Derecho internacional del medio ambiente la solución de controversias por medios contenciosos tiene un carácter residual, siendo preferidos los mecanismos que buscan evitar las que surjan las diferencias¹¹⁴, a través de lo que J. Juste Ruiz denomina mecanismos control jurídico “atenuados”¹¹⁵, entre los que destacan particularmente los llamados “mecanismos de incumplimiento”¹¹⁶.

Existe un número importante de acuerdos ambientales modernos que contienen procedimientos de incumplimiento¹¹⁷. Los mecanismos de incumplimiento buscan principalmente facilitar a los Estados miembros el cumplimiento de sus obligaciones convencionales. Así, proveen incentivos positivos (transferencia de tecnología, capacitación, ayuda financiera, etc.) para que los miembros cumplan con sus obligaciones¹¹⁸ y, en caso de incumplimiento, proveen lo que ha sido calificado como un sistema blando para hacerle frente, cuyo principal objetivo es lograr que el Estado parte logre cumplir con sus obligaciones en lugar de imponer sanciones, restitución o compensación¹¹⁹.

¹¹⁴ G. Loibl, “Dispute Avoidance and Dispute Settlement in Environmental Law: Some Reflections on Recent Developments”, *Curso de Derecho internacional*, Vol. XXIV, pp. 1-126; R. Wolfrum, “Means of Ensuring Compliance With and Enforcement of International Environmental Law”, *Recueil des cours*, Vol. 272, (1998), pp. 13-154.

¹¹⁵ J. Juste Ruiz, *Derecho internacional. . .*, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁶ Chinkin aporta una clasificación de los instrumentos para evitar las diferencias internacionales (*dispute avoidance*) a los que denomina medios alternativos de resolución (*alternative dispute resolution*) entre lo que se encuentran los métodos diplomáticos clásicos (consultas, buenos oficios, mediación) y los instrumentos más novedosos como los procedimientos de incumplimiento. Los tratados ambientales modernos normalmente son una combinación de procedimientos para evitar las diferencias clásicos y modernos, con los mecanismos tradicionales de solución de diferencias. C. Chinkin, “Alternative Dispute Resolution under International Law”, en: M. Evans (ed.), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Oxford: Hart Publishing, 1996, pp. 124 -128.

¹¹⁷ La Convención de Viena, el Protocolo de Montreal, la Convención Marco sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kioto, etc.

¹¹⁸ Para un estudio detallado de las nuevas técnicas jurídicas que se aplican en materia de medio ambiente para incentivar el cumplimiento de sus obligaciones véase Á. Rodrigo, “Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales del medio ambiente”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2001, pp. 155-244.

¹¹⁹ M. A. Fitzmaurice, “International Protection . . .”, *op. cit.*, 348-349.

Capítulo II

**LAS MEDIDAS COMERCIALES EN LOS ACUERDOS MULTILATERALES
SOBRE EL MEDIO AMBIENTE**

Las restricciones comerciales han estado presentes en los acuerdos internacionales de protección ambiental desde 1878¹. El motivo que explica que algunos de los acuerdos internacionales de protección ambiental, y las políticas ambientales en general, busquen disciplinar diversos aspectos relacionados con las actividades económicas, que con frecuencia incluyen la regulación del comercio, reside en el impacto ambiental del crecimiento económico². La Organización Mundial del Comercio (OMC) ha identificado más 25 acuerdos internacionales que contemplan o tienen el potencial de adoptar medidas comerciales³.

El objetivo de este capítulo es analizar el funcionamiento de las medidas comerciales previstas en los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA). Para tal efecto, en primer lugar, se estudian las externalidades ambientales estimuladas por el comercio, las medidas comerciales como instrumento de protección del medio ambiente y las distintas formas que pueden adoptar. En segundo lugar, se estudian las medidas comerciales de protección ambiental desde su principal criterio de clasificación, aquél que las divide en multilaterales y unilaterales. Este capítulo concluye con un análisis sobre la función, eficacia y algunos aspectos relacionados con la legalidad de las medidas comerciales multilaterales.

¹ Las restricciones comerciales habían sido utilizadas con fines ambientales incluso antes. Por ejemplo, en 1877 Gran Bretaña autorizó restricciones a la importación de patatas y otros vegetales que pudieran introducir a su territorio el escarabajo rojo. Véase S. Charnovitz, "A Taxonomy of Environmental Trade Measures", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 6, Winter 1996, p. 17.

² M. Bothe, "Le Droit de l'environnement: sa voie de développement entre écologie et économie", en: M. Bothe y P. H. Sand (eds.), *La politique de l'environnement: De la réglementation aux instruments économiques*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 46.

³ Véase *Matriz de las medidas comerciales adoptadas en el marco de determinados AMUMA*. OMC. Doc. WT/CTE/W/160 Rev.1 Anexo 14 de julio de 2001. La secretaría se propone actualizar periódicamente la matriz. La actualización más reciente puede encontrarse en OMC. Doc. WT/CTE/W/160/Rev.3 de 16 de febrero de 2005.

I. LAS MEDIDAS COMERCIALES Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

La teoría de la economía ambiental interpreta la degradación ambiental como “*un fallo del mercado*” que se produce cuando el sistema de precios no refleja el deterioro del medio ambiente, o lo que es lo mismo, la escasez de recursos o la contaminación que la producción de un bien genera⁴. Como observa E. U. Petersmann, los recursos naturales tienden a ser explotados excesivamente si sus precios en el mercado no reflejan su escasez y sus costos sociales⁵. Para corregir este fallo de mercado es preciso que los costes ambientales sean *internalizados*; es decir, que sean absorbidos por el productor y reflejados en los precios⁶. Por el contrario, cuando los costes ambientales no son internalizados, se produce una *externalidad*⁷.

A) LAS EXTERNALIDADES PRODUCIDAS POR EL COMERCIO

Aunque el comercio en sí mismo no produce contaminación ambiental directa más allá de la que genera el transporte de las mercancías, al aportar mercado y demanda –más compradores- puede estimular ciertas actividades que están relacionadas con alguna forma de degradación ambiental, o si se prefiere, de externalidades⁸. Estas externalidades pueden ser relativas al consumo o la producción.

⁴ P. S. Dasgupta, “The Environment as a Commodity”, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 6, 1990, pp. 51-67; M. Bothe, “Le Droit de l’environnement. . .”, *op. cit.*, p. 62.

⁵ E. U. Petersman, *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 11.

⁶ El principio 16 de la Declaración de Río promueve el principio de quién contamina paga y la internalización diciendo que, el que contamina debe en principio cargar con los costos de contaminación. Véase *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, de 14 de Junio de 1992 (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). El principio de quién contamina tiene su origen en una propuesta del Consejo de la OECD. Véase OECD: *Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, Paris: Organization of Economic Cooperation and Development, May 1972. Council Document no. C(72)128.

⁷ C. Ford, *Freer Trade, Protected Environment [Balancing Trade Liberalisation and Environmental Interests]*, New York: Council on Foreign Relations Press, 1994, p. 24.

⁸ PNUMA/IISD, *Manual de Comercio y Medio Ambiente*; Winnipeg, Canadá: Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible, 2005. Disponible también en línea en <http://www.iisd.org/trade/handbook>, p. 2.

1. *Externalidades del consumo*

Cuando los procesos o métodos de producción afectan a las características de un producto hasta el grado de que su uso, manipulación o eliminación daña al medio ambiente sin reflejarlo en los costos, se dice que se trata de un proceso o método de producción relacionado con el producto que origina una *externalidad del consumo*⁹. En los casos en que un producto de tales características es objeto de comercio se puede producir un daño ambiental en el país en el que sea consumido (usado, manipulado o eliminado)¹⁰. Este sería el caso de la exportación de residuos tóxicos que, salvo casos especiales, en los que el país receptor cuenta con un sistema de aislamiento de las sustancias del contacto humano y del medio ambiente, afectarán el medio natural en cualquier parte a la que sean trasladados.

2. *Externalidades de la producción*

Cuando el proceso o método de producción no afecta las características de un producto y es el proceso mismo, no la mercancía, la que genera un daño al medio ambiente sin que se refleje en los costos, se dice que se trata de un proceso o método de producción no relacionado con los productos que origina una *externalidad en la producción*¹¹. Por lo general, los daños son producidos por la emisión de partículas contaminantes al aire, agua y suelo de la primera etapa de elaboración de los productos. Este sería el caso de una empresa que no trata las aguas residuales de sus procesos productivos antes de liberarlas al cauce de un río, contaminando la calidad del agua y poniendo en peligro la flora y la fauna de la región. En el ejemplo, el producto

⁹ Organization for Economic Co-operation and Development, *Processes and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework and Considerations on Use of PPM-Based Trade Measures*, OECD Doc. OCDE/GD(97)137 11 August 1997, p. 11. Disponible también en línea: [http://www.oilis.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/ocde-gd\(97\)137](http://www.oilis.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/ocde-gd(97)137).

¹⁰ PNUMA/IISD, *Manual de Comercio y Medio Ambiente*. . . , *op. cit.*, p. 40.

¹¹ *Ibid.*, pp. 48-50.

elaborado por la empresa en sí mismo puede no dañar al medio ambiente, sin embargo su proceso productivo sí. Aunque en muchos casos los procesos productivos causarán daños únicamente en detrimento del medio ambiente del Estado en que se ubique la planta productiva, la indivisibilidad de los ecosistemas permite que los agentes contaminantes puedan ser transportados por el agua o el aire causando daños ambientales fuera de la jurisdicción de dicho Estado¹². De este modo, pueden resultar afectadas áreas totalmente bajo la jurisdicción de otro Estado; áreas sin asignación, comunes de todos los Estados, como los océanos; o áreas verdaderamente comunes como la atmósfera o el espacio. El comercio puede hacer que estos productos lleguen a un número mayor de consumidores, lo que a su vez se traduce en un mayor impacto para el medio ambiente¹³. Las medidas comerciales pueden ser un instrumento para evitar las externalidades relacionadas con alguna actividad comercial ya que pueden eliminar el mercado y demanda de productos con impactos ambientales negativos.

B) LAS MEDIDAS COMERCIALES EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: CLASES

El término “medida comercial” se refiere a cualquier instrumento de política que adjunta requisitos, condiciones o restricciones a los productos importados o exportados o a sus procesos de importación o exportación¹⁴. Cuando las restricciones comerciales son aplicadas para proteger el medio ambiente o, lo que es lo mismo, para reducir o eliminar las externalidades ambientales, se dice que se trata de una medida comercial con fines ambientales o una medida comercial ambiental¹⁵. Las restricciones al

¹² Los riesgos ambientales pueden surgir por las actividades de nacionales extranjeros, que bien pueden ser llevadas a cabo dentro del territorio del Estado del que son nacionales, o en regiones internacionales fuera de su jurisdicción.

¹³ PNUMA/IIISD, *Manual de Comercio y Medio Ambiente*. . . , *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ W. Lang, “Les mesures commerciales au service de la protection de l’environnement”, *Revue générale de Droit international public*, Vol. 99, No. 3, 1995, pp. 545-546.

¹⁵ OECD, *Utilisation de mesures commerciales dans le contexte des accords multilatéraux sur l’environnement. Rapport de synthèse sur trois études de cas*, OECD Working Papers, Vol. VII, No. 12, Paris 1999. OECD Doc. COM/ENV/TD (98) 127/FINAL, p. 11; C. Osakwe, “Finding New Packages of

comercio pueden servir para eliminar las motivaciones económicas que están detrás de las actividades productivas que dañan, directa o indirectamente, al medio ambiente¹⁶. Adicionalmente, como veremos más adelante, las restricciones comerciales no sólo pueden impedir que la producción y consumo de bienes ambientalmente nocivos aumente, también pueden servir para inducir a otros países a cooperar con las políticas ambientales¹⁷. Las medidas comerciales aplicadas para proteger el medio ambiente pueden ser de dos clases: unilaterales o multilaterales.

1. *Las medidas comerciales unilaterales de protección ambiental*

Una medida comercial ambiental unilateral se define como “una restricción comercial adoptada por un Estado sin la cooperación, consentimiento de otros Estados o institución internacional, para asegurar el logro de objetivos ambientales definidos por sus procesos políticos domésticos”¹⁸. De este modo, la ausencia de consenso internacional es lo que caracteriza a las medidas unilaterales ambientales. Este tipo de medidas pueden ser un instrumento útil para la protección del medio ambiente, sin embargo, su carácter unilateral se presta a que sean utilizadas para proteger a los productores nacionales bajo una falsa preocupación por el medio ambiente y, por lo

Acceptable Combinations of Trade and Positive Measures to Improve the Effectiveness of MEAs: A General Framework”, en: A. Fijalkowski y J. Cameron, *Trade and Environment: Bridging the Gap*, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 1998, p. 49.

¹⁶ R. Hudec, “GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures Against Foreign Environmental Practices”, en: J. Bhagwati y R. Hudec (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, Vol. II, Legal Analysis, Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 1996, p. 115.

¹⁷ Véase R. Blackhurst y A. Subramanian, “Fomento de la cooperación multilateral en materia del medio ambiente”, en: K. Anderson y R. Blackhurst (eds.), *El comercio mundial y el medio ambiente*, Madrid: Ediciones Mindi-Prensa, 1992, pp. 292-293; H. Chang, “An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 83, No. 6, July 1995, pp. 2131-2209.

¹⁸ B. Anderson, “Unilateral Trade Measures and the Environmental Protection Policy”, *Temple Law Review*, Vol. 66, No. 3, Fall 1993, p. 754; M. A. Elizalde, “La legalidad de las medidas comerciales unilaterales para proteger el medio ambiente en el Sistema Multilateral del Comercio”, *Revista interdisciplinaria de gestión ambiental*, Vol. 6, No. 67, 2004, pp. 29-42; B. Bilder, “The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environmental Injury”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1981, Vol. 14, No.1, p. 53.

tanto, son especialmente temidas desde el régimen del comercio internacional¹⁹. Las medidas comerciales proteccionistas perjudican las opciones de desarrollo de los países más pobres, ya que les impide aprovechar económicamente las ventajas que el medio natural les concede comparativamente frente a otros países. Siendo la pobreza uno de los principales obstáculos para la protección del medio ambiente, podemos decir que las restricciones comerciales que carecen de una auténtica motivación ambiental tampoco benefician al medio ambiente.²⁰ Por esta razón, el Principio 12 de la Declaración de Río establece una *preferencia* por las medidas comerciales multilaterales sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales que afectan a la Comunidad internacional²¹. No obstante, en ausencia de opciones multilaterales, las medidas unilaterales pueden ser necesarias para la protección del medio ambiente²². El principio 12 de la Declaración de Río así lo reconoce pues establece simplemente una preferencia, obviamente no obligatoria, por las medidas de carácter multilateral, lo que quiere decir que si la opción multilateral no está disponible, las medidas unilaterales aún tendrán una función importante que cumplir en la protección del medio ambiente, siempre y cuando se adopten verdaderamente por motivos ambientales.

2. *Las medidas comerciales multilaterales de protección ambiental*

Las medidas comerciales multilaterales de protección ambiental han sido definidas por P. Demaret como: “. . .aquéllas que resultan del consenso internacional

¹⁹ M. A. Elizalde, *La relación de las medidas comerciales unilaterales para la protección del medio ambiente con el Sistema Multilateral del Comercio*, trabajo de investigación realizado en el marco del programa de Doctorado en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, febrero de 2002.

²⁰ Véase Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Tomo II, Madrid: MOPT, 1992, capítulo 39, inciso d) y párr. 2.19

²¹ *Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo*, de 14 de Junio de 1992 (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

²² Véase S. T. Fox, “Responding to Climate Change: The Case for Unilateral Trade Measures to Protect the Global Atmosphere”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 84, No. 7, July 1996, pp. 2499-2542; E. J. Martínez, *El desarrollo sostenible como justificación de las acciones unilaterales para la conservación de los recursos marinos*, Madrid: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2004, pp. 23-27; M. A. Elizalde, *La relación de las medidas comerciales unilaterales*. . . , *op. cit.* p. 45 y ss.

enmarcado en un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente (AMUMA) o en acuerdos internacionales que, a pesar de no regular al medio ambiente de forma directa, contienen medidas comerciales de conservación”²³. En otras palabras, las medidas comerciales adoptadas por un Estado en cumplimiento de una obligación consignada en un acuerdo multilateral que protege, directa o indirectamente, el medio ambiente se consideran medidas comerciales multilaterales de protección ambiental. Para que una medida sea multilateral no es necesario, pues, que diversos Estados adopten una medida de forma simultánea, bastará que la medida esté basada en el consenso internacional formalizado jurídicamente en un acuerdo multilateral de protección ambiental aunque tal medida sea adoptada por un sólo Estado. Este tipo de acuerdos multilaterales pueden tener carácter *self-executing* o requerir de la *implementación* por parte de los Estados interesados²⁴.

Las medidas multilaterales son preferidas a las unilaterales para hacer frente a los problemas del medio ambiente que afectan a más de un Estado por que tienen a su favor la presunción de que los objetivos que persiguen son auténticamente ambientales. Esto permite dejar de lado la idea de que tras la restricción pueden subyacer motivaciones proteccionistas.

Antes de analizar a las medidas comerciales multilaterales de protección ambiental, conviene mencionar las formas que en general pueden adoptar las medidas comerciales de protección ambiental.

²³ P. Demaret, “TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT. . .”, *op. cit.*, p. 52.

²⁴ Las disposiciones de los tratados internacionales pueden o no ser directamente aplicables. En el caso de que las normas sean directamente aplicables (*self executing*) no requieran de implementación para hacerse efectivas. Por implementación debemos entender la promulgación de legislación interna o la adopción de las medidas administrativas necesarias para que las obligaciones internacionales que no sean directamente aplicables (*non self executing*) puedan ser efectivas en el derecho nacional de los Estados vinculados a la norma internacional. No obstante, es importante decir que la noción de *implementación* en el Derecho internacional del medio ambiente puede variar dependiendo de los autores que se lea. Para un análisis de las distintas posiciones en torno a la noción de implementación véase Á. Rodrigo, “Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales del medio ambiente”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2001, p. 169 y ss.

C) FORMAS QUE PUEDEN ADOPTAR LAS MEDIDAS COMERCIALES AMBIENTALES

Siguiendo a Charnovitz podemos decir que las medidas comerciales de protección ambiental adoptan las siguientes formas: estándares, tanto los aplicados a los productos como a los procesos; impuestos y aranceles; restricciones a la importación y a la exportación; sanciones; o condicionalidad al comercio²⁵.

Los *estándares* son regulaciones nacionales, que cuando se aplican a los productos regulan su venta y transporte domésticos, y cuando se aplican a los procesos, regulan la producción de la mercancía²⁶. El que una ley nacional exija a los productos a la venta en su territorio, nacionales e importados, un porcentaje de composición de material reciclable es un ejemplo de estándar a los productos. Una ley nacional que prohíba la venta de leche y productos derivados de ganado que no hayan sido sometidos a inspección veterinaria en un año es un ejemplo de estándar aplicado a los procesos, pues se centra en proceso del producto y no en el producto considerado en sí mismo²⁷.

Los *impuestos* y los *aranceles* imponen cargas económicas al comercio. Por ejemplo, un impuesto más elevado a la cerveza en latas de aluminio que a la que presentada en recipientes de vidrio para promover el reciclaje y limitar la producción de desperdicios. Cuando un gravamen fiscal (impuesto) se aplica sólo a las importaciones se le llama arancel. Los impuestos y los aranceles pueden aplicarse a los productos ambientalmente nocivos o a los procesos de producción que dañan al medio ambiente.

²⁵ S. Charnovitz incluye en la categoría de medidas comerciales de protección ambiental a los subsidios que se otorgan para que las empresas hagan frente a los costos de adaptación a nuevas regulaciones ambientales, o para promover la conservación o el desarrollo de tecnologías ecológicas, pues considera que pueden distorsionar el comercio. Sin embargo, como el mismo autor reconoce, los subsidios no son técnicamente medidas comerciales sino regulaciones domésticas. S. Charnovitz, "The Environment Vs. Trade Rules: Defogging the Debate", *Environmental Law*, Vol. 23, 1993, p. 490.

²⁶ *Ibid.*, pp. 490 y 491.

²⁷ Cabe mencionar que las *ecoetiquetas* a pesar de ser programas voluntarios, una vez adquieren fuerza vinculante al ser adoptados por un gobierno a través de una legislación, entran en la categoría de estándares a la producción o proceso, según el criterio utilizado para conceder la etiqueta. Las *ecoetiquetas* dan a conocer al público los productos en cuya elaboración el medio ambiente ha sido respetado, inhibiendo el consumo de productos que tienen efectos negativos en el medio ambiente. A. Nadai y B. Morel, "Product Ecolabelling, Competition and the Environment", *Economics Energy Environment (Working Paper)*, Milano : Fondazione Eni Enrico Mattei, 2000, p. 1.

Las *restricciones a la importación o a la exportación* son producto de leyes que regulan específicamente el comercio internacional. Las restricciones comerciales pueden ser condicionales, totales o parciales y ser aplicables a los productos o a los procesos. Las certificaciones y los sistemas de licencias de exportación o importación son un ejemplo de restricciones comerciales condicionales. Los gobiernos condicionan el otorgamiento de un certificado o licencias de importación o exportación al cumplimiento de una serie de criterios relacionados con la protección del medio ambiente²⁸. Por otro lado, las restricciones comerciales son parciales cuando adoptan la forma de cuotas de importación o exportación, es decir, cuando establecen límites cuantitativos a los volúmenes de mercancías que pueden ser importados o exportados. Las restricciones comerciales también pueden ser totales, es decir, prohibiciones a la importación o exportación. Las restricciones totales a la importación prohíben la entrada al mercado de productos que dañan al medio ambiente o que son producidos de forma ambientalmente perjudicial²⁹. La prohibición a la importación de material radioactivo ejemplifica la restricción a la importación de un producto. La prohibición a la importación de pieles de animales cazados de forma inhumana es un ejemplo de restricción a la importación dirigida a los procesos de producción, elaboración o captura. Las restricciones a la exportación prohíben la exportación de ciertos bienes para proteger el medio ambiente. Por ejemplo, la prohibición de exportar especies en peligro de extinción³⁰. La diferencia entre los estándares y las restricciones a la importación o exportación es que los primeros se aplican tanto a los bienes nacionales

²⁸ Por ejemplo, entre los países parte en la Convención internacional de protección fitosanitaria un sistema de certificaciones es uno de los instrumentos utilizados para facilitar el comercio sin riesgos ambientales de plantas o productos vegetales. Véase artículo 5 de la convención según enmienda de 1997. El texto de la convención y de sus enmiendas está disponible *en línea*: www.ippc.int

²⁹ S. Charnovitz, "A Taxonomy of Environmental Trade Measures . . .", *op. cit.*, p. 4.

³⁰ El Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres - CITES en lo sucesivo por sus siglas en inglés-, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973), utiliza, entre otros medios de protección, la prohibición a la exportación de especies protegidas (*BOE*, 30 de julio de 1986, No 181).

como a las importaciones, mientras que los segundos, según el tipo de restricción, se aplicarán sólo a las importaciones o a las exportaciones.

Cuando las prohibiciones comerciales se aplican a productos no relacionados con el elemento ambiental que se desea proteger, se dice que la medida comercial es una *sanción*³¹. Una sanción comercial ambiental sería, por ejemplo, una prohibición a la importación de azúcar como medio de coerción para lograr que el país exportador proteja una especie en extinción dentro de su territorio. En algunos casos, bastará que la medida comercial se relacione con el producto, aunque no lo regule directamente, para que sea considerada una restricción y no una sanción. Una prohibición a la importación de zapatos de piel de cocodrilo será una restricción si lo que se desea proteger son los cocodrilos. Sin embargo, habrá ocasiones en que esta relación sea poco clara y será complicado saber si se trata de restricción o de una sanción³².

Por último, la *condicionalidad de mercado* como medida comercial ambiental se basa en la facultad reconocida a las partes del GATT sobre la concesión de tarifas preferenciales no recíprocas a los países menos desarrollados³³. La idea es condicionar la concesión de preferencias a los países que logren ciertos objetivos ambientales³⁴.

II. LAS MEDIDAS COMERCIALES AMBIENTALES MULTILATERALES

Como ya hemos mencionado, las medidas comerciales de protección ambiental serán multilaterales si se adoptan en el contexto de un AMUMA o en acuerdos internacionales que, a pesar de no regular al medio ambiente de forma directa, contienen

³¹ Para un estudio detallado de las sanciones comerciales ambientales véase S. Charnovitz, "Environmental Trade Sanctions and the GATT: An Analysis of the Pelly Amendment on Foreign Environmental Practices", *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, Spring 1994, pp. 751-807.

³² S. Charnovitz, "A Taxonomy of Environmental Trade Measures. . .", *op. cit.*, p. 4.

³³ Véase *Decisión de trato diferenciado y más favorable, recíproca y mayor participación de los países en desarrollo*. GATT Doc. L/4903 LT/TR/D/1 (12/04/1979).

³⁴ S. Charnovitz, "The Environment Vs. Trade Rules. . .", *op. cit.*, p. 492.

medidas comerciales de conservación³⁵. El Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, adoptado en Washington en 1973 (CITES por sus siglas en inglés), es el ejemplo clásico de AMUMA con medidas comerciales³⁶. El convenio regula el comercio de especies amenazadas restringiendo los permisos de importación y exportación (art. II). La concesión de permisos depende del grado de amenaza que pesa sobre cada especie, para tal efecto utiliza un sistema de tres Apéndices. El Apéndice I para las especies amenazadas de extinción, cuyo comercio está prohibido salvo casos excepcionales (art. III). El Apéndice II contiene especies que serían amenazadas si no hubiera regulación al comercio (art. IV). El Apéndice III permite a los países señalar especies que desean proteger por medio del control comercial con la ayuda de otras partes en el convenio.

A continuación nos ocuparemos de enumerar los distintos tipos de medidas comerciales que pueden ser adoptadas en el contexto de un AMUMA. Para evitar posibles confusiones debemos iniciar diciendo que, pese a que la distinción entre las medidas multilaterales y unilaterales de protección ambiental conceptualmente es clara, en la práctica, no siempre es sencillo establecer esta diferencia, pues no es fácil apreciar qué medidas son producto de la cooperación internacional y cuáles de la política unilateral de un Estado³⁷. Esto se debe a que, incluso la aplicación de medidas comerciales en el marco de un AMUMA pueden tener algún grado de unilateralismo, lo que complica la separación entre lo que es multilateral o unilateral³⁸.

³⁵ P. Demaret, "TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT", en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994, p. 52.

³⁶ CITES (*BOE*, 30 de julio de 1986, No 181).

³⁷ P. Demaret, "TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT. . .", *op. cit.*, p. 59.

³⁸ S. Charnovitz, "A Taxonomy of Environmental Trade Measures. . .", *op. cit.*, p. 3.

A) LAS MEDIDAS COMERCIALES AMBIENTALES ADOPTADAS EN UN MARCO MULTILATERAL

Un AMUMA puede contener medidas comerciales ambientales específicas, es decir, restricciones comerciales textuales; también medidas comerciales ambientales autorizadas³⁹ pero no identificadas; o bien medidas comerciales ambientales que no están especificadas o autorizadas pero que las partes en el acuerdo pueden adoptar por medio de decisiones de sus órganos administrativos. El grado de multilateralismo entre estas medidas puede variar e incluso disolverse.

1. *Las medidas comerciales ambientales específicas*

Las medidas comerciales de protección ambiental *específicas* son aquellas restricciones al comercio expresamente requeridas por un AMUMA. Las medidas multilaterales *puras* caen dentro de esta categoría pero sólo si se aplican entre Estados parte en el convenio que explícitamente requiere de la aplicación de la medida. Este sería el caso por ejemplo, si entre dos Estados partes en CITES se aplicará una restricción a la importación de especies protegidas en el Apéndice I del convenio. En este supuesto, tanto la prohibición a la importación como la especie protegida en el Apéndice I, cuentan con la aprobación del Estado que aplica la medida y de aquél al que le es impuesta. De este modo la medida es específica, ya que CITES requiere la aplicación de la restricción para lograr sus objetivos de protección y, es multilateral porque está basada en el acuerdo de los países partes en CITES. Ahora bien, si la misma

³⁹ Como apunta Charnovitz, en estricto sentido es más correcto decir que los AMUMA reconocen el derecho de los Estados a aplicar medidas comerciales ambientales, en lugar de decir que otorgan una autorización. Sin embargo, ya que la mayor parte de la doctrina utiliza el término *autorización*, para evitar confusiones es el aplicado a este estudio.

medida es aplicada a un Estado que no es parte en CITES se convierte en una medida unilateral desde el punto de vista de este último⁴⁰.

Algunos autores sugieren que la mera existencia de un AMUMA dota a las medidas comerciales ambientales de carácter multilateral aunque se apliquen a un Estado que no es parte en el convenio. Esta afirmación es correcta si el acuerdo ambiental que está detrás de la restricción comercial es producto o reflejo del consenso internacional, permitiendo así legitimar la medida en nombre del bienestar común internacional⁴¹. Afirmar lo contrario equivaldría a decir que un Estado unilateralmente podría imponer su voluntad de no respetar el medio ambiente por encima de la voluntad común de la Comunidad internacional de protegerlo. De este modo, más allá de la posición tradicionalista de considerar multilateral aquellos tratados que tienen más de dos partes contratantes, el problema para evaluar el grado de multilateralismo en este caso se traslada a determinar cuándo el acuerdo ambiental es producto o reflejo del consenso internacional⁴². De momento no hay una respuesta a esta interrogante, aunque es probable que los trabajos que actualmente realiza el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC (CCMA) produzcan una definición de AMUMA⁴³.

⁴⁰ El artículo 34 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados –en lo sucesivo CVDT- (BOE, 13 de junio de 1980, No. 142) textualmente dispone: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

⁴¹ Adicionalmente, la práctica generalizada y el consenso internacional sobre la obligatoriedad de las normas de un AMUMA podrían dar lugar al reconocimiento de las normas creadas por el tratado como Derecho internacional consuetudinario, dotando de obligatoriedad a las disposiciones incluso frente a los Estados que no partes en el mismo, salvo que éste hubiera manifestado su oposición al nacimiento de la norma consuetudinaria en cuyo caso, la obligación no le sería oponible. *Ibid.*, artículo 38.

⁴² Véase *Relations entre les règles de l'OMC et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les Accords Environnementaux Multilatéraux (Communication du Japon)*. OMC Doc. (TN/TE/W/10) 3/10/2002.

⁴³ Los siguientes criterios han sido propuestos: a) que tenga objetivos medioambientales; b) que este abierto a la participación de todos Estados de la Comunidad internacional; c) que sean documentos jurídicamente vinculantes (en vigor o debidamente firmados y ratificados pero que aún no están en vigor); d) con participación de tres partes como mínimo, incluyendo los acuerdos regionales, y con la participación de un número considerable de países que refleje los intereses de las principales partes en cuestión, a saber, partes con intereses comerciales sustanciales, principales productores y consumidores, actuales y potenciales, de las mercancías afectadas; e) que estén negociados bajo los auspicios de las Naciones Unidas o del PNUMA. Para la propuesta de definición de AMUMA de la UE, véase. OMC Doc. (TN/TE/W/1) 21/03/2002. Para la propuesta de Argentina. OMC Doc. (TN/TE/W/2) 23/05/2002. Para la propuesta de Japón. OMC Doc. (TN/TE/W/10) 3/10/2002.

2. *Las medidas comerciales ambientales autorizadas pero no identificadas*

Algunos AMUMA reconocen el derecho de sus partes contratantes a adoptar medidas comerciales sin especificar un tipo en concreto. Por ejemplo, CITES reconoce el derecho de los Estados parte a aplicar medidas más restrictivas en el cumplimiento de sus objetivos, sin especificar a qué tipo de medidas se refiere cuando dice *medidas más restrictivas*⁴⁴. La posibilidad de elegir las medidas comerciales ambientales sin requerir el consentimiento de otros Estados implica por lo menos un cierto grado de unilateralismo que puede generar algunos conflictos, incluso entre partes contratantes de CITES. Este sería el caso de que un Estado decidiera aplicar una medida comercial más restrictiva a una especie ubicada en otro Estado, que la que este último da a la misma especie. El Estado exportador percibirá esta medida como una restricción unilateral del Estado importador, toda vez que la medida no se discutió en un foro internacional y no está sujeta a control de ninguna autoridad internacional⁴⁵.

Hay que decir que en casos como éste el nivel de unilateralismo cae en el nivel mínimo, pues si bien es cierto que el país exportador no consintió individualmente la medida elegida por el Estado importador, sí consintió en otorgar la libertad a este último para que realizara unilateralmente la elección de la medida.

3. *Las medidas comerciales ambientales adoptadas por recomendación de órganos de gestión de los AMUMA*

En algunos casos, los Estados parte en un AMUMA adoptan medidas comerciales por recomendación de los órganos de gestión. Por ejemplo, en el contexto del mecanismo para el examen del cumplimiento del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, por recomendación del Comité de

⁴⁴ Artículo XIV de la CITES.

⁴⁵ P. Demaret, "TREM, Multilateralism, Unilateralism and the GATT. . .", *op. cit.*, p. 56.

Aplicación y atención al incumplimiento de las obligaciones asumidas por Rusia, la Conferencia de las Partes autorizó la aplicación de restricciones a la importación de productos que tuvieran sustancias controladas por el acuerdo y que provinieran del Estado incumplidor⁴⁶.

También se han adoptado medidas comerciales por recomendación de los órganos de gestión en el contexto de AMUMA pese a que éste no autoriza o menciona la posibilidad de recurrir al uso dichas medidas. Por ejemplo, la Comisión Ballenera Internacional ha solicitado a sus miembros que apliquen restricciones comerciales a ciertos productos y equipos utilizados para la caza de la ballena, a pesar de que el Convenio internacional para la regulación de la pesca de la ballena no contiene medidas comerciales específicas⁴⁷. La adopción de medidas comerciales en este contexto presenta cuestiones de legalidad estrechamente relacionadas al grado de multilateralismo de la medida. Aunque la legalidad de estas medidas es difícil de determinar⁴⁸, cualquier intento para realizar juicios en ese sentido tiene que, por un lado, considerar los derechos de los gobiernos disidentes y, por otro lado, si las decisiones pueden considerarse el equivalente a una reforma del acuerdo⁴⁹. Mientras mayor sea el peso de los derechos de los disidentes el grado de unilateralismo de las medidas comerciales ambientales aumentará, mientras que si las decisiones tienen el valor jurídico de una reforma disminuirán. El problema es que la mayoría de los acuerdos no contienen disposiciones claras sobre estos temas.

⁴⁶ Cfr. La decisión VII/8, del 27 de diciembre de 1995 (UNEP/OzL.Pro.7/12). Para un análisis de los mecanismos de examen del cumplimiento en los AMUMA véase Á. Rodrigo, “Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados. . .”, *op. cit.*, pp. 185-210.

⁴⁷ International Whaling Commission, 29th Annual Meeting, *Prevention of Importation of Whale Products, International Whaling Commission Resolution*, Apendix 7 (1978). El Convenio internacional para la regulación de la pesca de la ballena, hecha en Washington el 2 de diciembre de 1946, está disponible *en línea* en la página web: <http://www.iwcoffice.org/>

⁴⁸ S. Charnovitz, “ Environmental Trade Sanctions and the GATT. . .”, *op. cit.*, pp. 769-771.

⁴⁹ R. Hudec, “ GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures. . .”, *op. cit.*, p. 99, nota al pie 16.

B) LAS MEDIDAS COMERCIALES UNILATERALES ADOPTADAS PARA APOYAR LOS OBJETIVOS DE UN ACUERDO MULTILATERAL DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Existe la posibilidad de que un Estado adopte medidas comerciales ambientales para apoyar el logro de los objetivos de algún AMUMA o programa de conservación internacional *sin ser parte en el acuerdo*. Por ejemplo, actualmente los Estados Unidos tienen una legislación que autoriza el uso de medidas comerciales ambientales en contra de aquellos países que directa o indirectamente participan en el comercio o de alguna manera disminuyen la eficacia de cualquier programa internacional de conservación de especies amenazadas⁵⁰. La posibilidad de autorizar una restricción comercial no está en esta ley condicionada a que los Estados Unidos sean parte en el AMUMA cuyo programa de protección se ve afectado.

Por otro lado, algunos AMUMA no contienen medidas comerciales específicas o autorizadas, sin embargo, las partes *contratantes* han hecho uso de medidas comerciales para apoyar los objetivos del acuerdo. Estados Unidos en 1936 implementó la primer convención de la Ballena de la Liga de las Naciones con una ley (*Whaling Treaty Act*) que entre otras cosas prohibía la importación o exportación de ciertas ballenas o productos derivados, aunque la convención no requería o autorizaba los embargos de este tipo⁵¹. La falta de autorización o reconocimiento expreso convierte a estas medidas en unilaterales. Sin embargo, algunos autores sostienen que el apoyar los objetivos ambientales del acuerdo internacional les provee de cierto espíritu multilateralista⁵².

⁵⁰ *Pelly Amendment, 22 U.S.C. 1971-1980 (1978)*. En Abril de 1994 los Estados Unidos invocaron la *Enmienda Pelly* en contra de Taiwán por considerar que este país dentro de su territorio no estaba dando la protección debida a los tigres y rinocerontes, especies protegidas por CITES. S. Charnovitz, "Environmental Trade Sanctions and the GATT: An Analysis of the Pelly Amendment . . .", *op. cit.*, pp. 763-774; D. A. Austin, "International Enforcement in the Clinton Administration", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 88, April 1994, p. 91. El 30 de junio de 1995 las sanciones comerciales fueron levantadas por los Estados Unidos por considerar que Taiwán estaba tomando las medidas necesarias para proteger las especies mencionadas dentro de su territorio. S. Greenhouse, "U.S. Lifting Trade Penalties on Taiwan", *New York Times*, July 1, 1995, p. 4.

⁵¹ S. Charnovitz, "A Taxonomy of Environmental Trade Measures. . .", *op. cit.*, pp. 20-21.

⁵² *Idem.*, p. 8.

La dificultad para separar claramente a las medidas comerciales multilaterales de las unilaterales ha llevado, en algunos casos, a cuestionar su legalidad. Antes de analizar los argumentos que sostienen la ilegalidad de las medidas comerciales multilaterales conviene estudiar sus funciones y algunos aspectos sobre su eficacia.

III. LAS FUNCIONES, EFICACIA Y LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES AMBIENTALES

Entre los distintos AMUMA existentes se pueden encontrar una variedad de objetivos: la protección de la flora y la fauna, de la atmósfera, de la biodiversidad, etc. La relación entre las fuentes de contaminación y el comercio, como hemos visto, no siempre es directa, de modo que la función de las medidas comerciales en los AMUMA y su eficacia variarán dependiendo del nivel de relación que tengan con el objetivo que se pretende alcanzar con el acuerdo. Podemos dividir las funciones de las medidas comerciales en los AMUMA en tres grandes categorías: a) como medida principal; b) como medio auxiliar o complementario; c) como incentivo para lograr la cooperación⁵³. Aunque las categorías anteriores no siempre se excluyen mutuamente, la distinción entre unas y otras nos es útil para fines analíticos.

A) LAS FUNCIONES DE LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES AMBIENTALES

1. *Las medidas comerciales multilaterales como instrumento principal*

Los AMUMA cuyo principal objetivo es regular el comercio utilizan las medidas comerciales como su instrumento más importante. Así, por ejemplo, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los

⁵³ L. Sánchez de Munián de forma muy similar clasifica la función de las medidas comerciales en: a) intervenciones comerciales directas; b) disposiciones comerciales de apoyo; c) incitaciones comerciales. L. Sánchez de Munián, *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del Medio Ambiente [Aspectos Jurídicos]*, Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2000, p. 153.

desechos peligrosos y su eliminación tiene como principal objetivo la protección de la salud humana y del medio ambiente contra los efectos nocivos que pueden derivarse de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos⁵⁴. El procedimiento de notificación y consentimiento previo es el instrumento principal de la Convención para controlar y manejar los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, sumados a la obligación de las Partes de asegurarse que los desechos serán manejados en una forma ambientalmente responsable⁵⁵. En otras palabras, regular el comercio a través de los procedimientos mencionados es fundamental para el objetivo de la convención y, por lo tanto, las medidas comerciales son su medio principal.

En el Convenio CITES, las medidas comerciales también figuran como el instrumento principal del acuerdo. A pesar de que el comercio internacional no es la principal causa de la disminución y extinción de la flora y fauna, la presión de la demanda internacional potenciada por el comercio internacional amenaza a algunas especies. El objetivo de CITES no es proteger la flora y fauna de todas las posibles fuentes de degradación ambiental que ponen en peligro su existencia, sino que busca evitar, a través de controles de exportación e importación, la explotación excesiva de ciertas especies de flora y fauna mediante la regulación del comercio internacional⁵⁶. Así, las medidas comerciales son el principal instrumento utilizado por la convención.

2. Las medidas comerciales multilaterales como instrumentos auxiliares o complementarios de otras medidas

Algunos AMUMA cuyo objetivo principal no es regular los efectos ambientales producidos por el comercio contienen medidas comerciales como instrumentos

⁵⁴ Véase el preámbulo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desecho peligrosos y su eliminación, del 22 de marzo de 1989 (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, No. 227).

⁵⁵ *Ibid.*, artículos 4, 6, 7, 8 y 9.

⁵⁶ Véase el preámbulo del acuerdo CITES.

auxiliares o complementarios de otras medidas para lograr sus objetivos. El Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, por ejemplo, busca proteger detener el deterioro de la capa de ozono causado por la emisión y consumo de sustancias que la agotan⁵⁷. Los programas de eliminación escalonada son su instrumento principal y establecen progresivamente límites a la producción y consumo de gases clorofluocarbonos (CFC) y otras sustancias que agotan la capa de ozono⁵⁸. Ciertos controles comerciales sirven de instrumento complementario a los programas de eliminación gradual. Por ejemplo, originalmente se consideraba que las exportaciones de las sustancias controladas podían ser restadas de las cuotas de producción y consumo establecidas en los programas de eliminación gradual⁵⁹. Sin embargo, después de 1993, las exportaciones a Estados no Parte no pueden ser restadas de la cantidad de producción. Esta medida se adoptó para acelerar la eliminación total de las sustancias controladas⁶⁰. Adicionalmente, desde 1997, los Estados que no estén cumpliendo con sus cuotas de producción y consumo interno de alguna de las sustancias controladas no pueden exportar las cantidades usadas, recicladas y regeneradas de esa sustancias, para cualquier fin que no sea su destrucción (art. 4 A). Uno de los objetivos de esta medida es que los Estados que no han logrado cumplir con sus obligaciones utilicen sus suplementos reciclados o sustancias usadas para satisfacer las necesidades internas y evitar así mayor producción de las sustancias controladas por el Protocolo⁶¹.

En algunos casos, las medidas comerciales que tienen un carácter complementario de otros instrumentos previstos en los AMUMA son adoptadas por medio de sus órganos de gestión. Así, por ejemplo, la Convención sobre la conservación

⁵⁷ Véase el preámbulo del Protocolo de Montreal relativo a la Substancias que agotan la Capa de Ozono, de 1987 (*BOE*, 17 de marzo de 1989, No. 65).

⁵⁸ *Ibid.*, artículos 1, 2, 2 A-2 I, 3.

⁵⁹ *Ibid.*, artículo 1, párrafos 5, 6 y 7; artículo 3 inciso c).

⁶⁰ OECD, *Utilisation de mesures commerciales. . . , op. cit.*, p. 14.

⁶¹ *Ibid.*, p. 16.

de los recursos vivos marinos antárticos⁶², a pesar de no contener disposiciones comerciales en su texto, ha adoptado, por resolución de la Comisión para Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos⁶³, algunas medidas comerciales para apoyar el logro de sus objetivos. Las medidas adoptadas son medios de control de las importaciones y exportaciones de ciertas especies marinas antárticas por medio de licencias y sistemas de inspección⁶⁴.

3. *Las medidas comerciales multilaterales como incentivo para la cooperación*

Un buen número de textos jurídicos internacionales establecen el deber de los Estados de cooperar para hacer frente a los problemas internacionales del medio ambiente⁶⁵. A pesar de ello, no siempre los Estados se muestran dispuestos a colaborar en esta tarea. Por un lado, no en todos los casos hay voluntad de negociar acuerdos internacionales de protección ambiental cuyas obligaciones resultarán costosas y que no reportarán beneficios económicos perceptibles. Por otro lado, la voluntad de negociar, cuando existe, no es garantía de que se adoptarán acuerdos de protección ambiental: las diferencias en el valor asignado a los bienes ambientales, así como las distintas prioridades y capacidades económicas de los países, y el temor a perder competitividad

⁶² Véase *BOE*, del 25 de mayo de 1985, No. 125. La Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos es uno de los 5 acuerdos que componen lo que se conoce como el Sistema del Tratado Antártico (STA), que tienen por finalidad regular las relaciones entre Estados respecto de la Antártica (*BOE*, del 26 de junio de 1987, No. 152).

⁶³ Artículo VII. 1. La Comisión tiene facultad de adoptar medidas de conservación obligatorias para los Estados parte. Véase artículo IX. 6 b).

⁶⁴ Véanse *Obligaciones de las Partes Contratantes con respecto a las licencias y a la inspección de los barcos de su pabellón que operan en el área de la Convención*. CCAMLR Doc. Medida de conservación No. 119/XX del 2001; *Sistema de Documentación de Captura para Dissostichus spp. Merluza negra*. CCAMLR Doc. Medida de conservación No. 170/XX del 2002. Disponibles en: www.ccamlr.org.

⁶⁵ El Principio 24 de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano* de 16 de junio de 1972 dispone: "...Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados. . .". (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1). Otros instrumentos internacionales también consagran el deber de cooperación para la protección del medio ambiente, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2995(XXVII), 2996(XXVII) y 2997 (XXVII) de 15 de Diciembre de 1972; Principio 21. a) de la *Carta Mundial de la Naturaleza*. ONU. Doc. A/37/51 (1982); Principio 7 del la *Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo*, de 14 de Junio de 1992 que añade al deber de cooperación el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1)

pueden dificultar el logro de este objetivo⁶⁶. Más aún, en algunos casos, un sólo país renuente a cooperar puede limitar seriamente la eficacia de un acuerdo internacional. Esto sucede cuando en el país sin voluntad de cooperar se localizan las principales fuentes del problema ambiental que el acuerdo pretende corregir o eliminar.

Las medidas comerciales han sido calificadas como uno de los medios no violentos más persuasivos que tienen a su disposición los Estados para proteger el medio ambiente⁶⁷. En efecto, en las relaciones internacionales los gobiernos recurren a las restricciones comerciales cuando la diplomacia falla y el uso de las armas se antoja excesivo para lograr un objetivo que requiere un cambio de actitud de otros países. Para hacer frente a los problemas de falta de voluntad de cooperar de algunos sectores de la Comunidad internacional, con frecuencia, los AMUMA emplean restricciones comerciales cuyos destinatarios son los Estados que no son partes en los acuerdos. Por ejemplo, el Protocolo de Montreal prohíbe a los Estados parte importar o exportar sustancias controladas a los Estados no parte, a menos que este último pueda demostrar que a pesar de no ser parte se encuentra en completo cumplimiento con las obligaciones del Protocolo (art. 4.8). Esta medida además de estar encaminada a estimular a los Estados no parte a adherirse al protocolo, busca hacer frente al problema de los “*free riders*”; es decir, los Estados que no son parte y que se benefician económicamente de la retirada del mercado de los productores de sustancias controladas de los países parte. Adicionalmente, este tipo de medidas evitan que las industrias productoras de las

⁶⁶ G. Sjöstedt, B. I. Spector y I. W. Zartman, “The Dynamics of Regime-building Negotiations”, en: G. Sjöstedt, B. I. Spector y I. W. Zartman (eds.), *Negotiating International Regimes: Lessons Learned from the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, Great Britain: Graham & Trotman, 1994, pp. 4-7; R. Backhurst y A. Subramanian, “Fomento de la cooperación multilateral en materia de medio ambiente”, en: K. Anderson y R. Backhurst, *El comercio mundial y el medio ambiente*, Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1992, pp. 287-290; S. Charnovitz, “Environmental Trade Sanctions . . .”, *op. cit.*, p. 755.

⁶⁷ M. Foster, “Trade and Environment: Making Room for Environmental Trade Measures within the GATT”, *Southern California Law Review*, Vol. 71, January 1998, p. 396. La presión económica también se ha utilizado en campos como el de los derechos humanos. Véase S. Cleveland, “Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1, Winter 2001, p. 6.

sustancias controladas de los Estados parte escapen al marco normativo del acuerdo trasladando sus plantas productivas a Estados no parte⁶⁸. Ahora bien, la función de las medidas comerciales proporciona los criterios necesarios para determinar su eficacia.

B) LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES

En el sentido ordinario del término “eficacia” significa capacidad para lograr el efecto que se espera o desea⁶⁹. De este modo, teóricamente, una medida comercial será eficaz si logra el efecto que de ella se espera o se desea. A pesar de su simplicidad aparente, en la práctica, valorar la eficacia de las medidas comerciales previstas en los AMUMA es una tarea muy compleja que debe ser realizada caso por caso, tomando en cuenta diversos factores de naturaleza legal, económica, política y científica. Debemos decir que un estudio de tales características cae fuera del objeto de estudio de esta investigación. En este apartado sólo nos ocuparemos de desarrollar los aspectos teóricos del problema, de identificar los elementos necesarios para valorar la eficacia y, en donde sea posible, a mencionar algunas conclusiones de carácter general.

1. *Las razones por las que la “teoría de la intervención óptima” no priva de utilidad a las medidas comerciales de protección ambiental*

En opinión de algunos autores, ya que el comercio en sí mismo rara vez es la fuente principal de la degradación ambiental, las medidas comerciales ambientales no cumplen las condiciones de la *teoría de la intervención óptima* y, por lo tanto, sólo rara vez son la mejor opción, en términos de eficacia, para abordar las externalidades

⁶⁸ OECD, *Utilisation de mesures commerciales. . .*, op. cit., p. 14.

⁶⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición, Tomo I, España: Espasa, 2001, p. 865.

ambientales⁷⁰. En efecto, esta teoría sostiene que las medidas destinadas a internalizar la “contaminación” deben estar dirigidas a sus fuentes: las externalidades generadas en la etapa de producción o consumo deben ser contrarrestadas, según corresponda, mediante medidas gubernamentales dirigidas a la producción o al consumo⁷¹. En este contexto, las restricciones comerciales, al privar de los beneficios económicos que en otras circunstancias produciría el comercio, se perciben como posible fuente distorsiones comerciales adicionales al fallo del mercado propio de las externalidades ambientales⁷². Entre las medidas propuestas por E. U. Petersmann para corregir este tipo particular de fallo del mercado figuran, entre otras, el establecimiento de responsabilidades y compensaciones y la asignación de derechos de propiedad de los bienes a proteger con base en el derecho interno⁷³.

A pesar de que a nivel teórico las argumentaciones anteriores son bastante sólidas, su puesta en práctica no siempre es posible. Esto es así ya que, aun si no consideramos los problemas que existen en algunos países poco desarrollados para aplicar sus leyes, no siempre es sencillo establecer un nexo claro de causalidad entre la fuente y el daño, dificultando la aplicación de los procedimientos tradicionales de responsabilidad y compensación⁷⁴. Adicionalmente, la asignación de derechos de propiedad en algunos casos no está al alcance de los legisladores nacionales, basta recordar los denominados bienes globales. Podemos decir, por lo tanto, que, a pesar de no ser la mejor primera opción, las medidas comerciales pueden ser instrumentos útiles

⁷⁰ A. Subramanian, “Trade Measures for the Environment: A Nearly Empty Box?”, *The World Economy*, Vol. 15. No. 1, January 1992, p. 144; E. U. Petersmann, “International Trade Law and International Environmental Law. Prevention and Settlement of International Environmental Disputes in GATT”, *Journal of World Trade*, Vol. 27, No. 1, 1993, p. 49.

⁷¹ E. U. Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Oxford & San Francisco: Westview Press Boulder, 1991, p. 57; L. Sánchez de Munián, *La Organización Mundial del Comercio . . .*, *op. cit.*, p. 156.

⁷² E. U. Petersmann, *Constitutional Functions . . .*, *op. cit.*, p. 57.

⁷³ E. U. Petersmann, *International and European . . .*, *op. cit.*, pp. 12–15.

⁷⁴ B. Kingsbury, “Environment and Trade: The GATT/WTO Regime in the International Legal System”, en: A. E. Boyle, *Environmental Regulation and Economic Growth*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 193; C. Osakwe, “Finding New Packages of Acceptable . . .”, *op. cit.*, p. 38.

para la protección del medio ambiente. Así ha sido reconocido en diversos foros internacionales como las Naciones Unidas⁷⁵, la OCDE⁷⁶ y la OMC⁷⁷ e incluso por los más firmes defensores de la teoría de la intervención óptima, que han llegado a calificarlas de segunda mejor opción⁷⁸.

Ahora bien, realizar una valoración de la eficacia de las medidas comerciales no siempre es sencillo, pues como veremos a continuación, existen una serie de elementos que deben ser tomados en cuenta.

2. *Elementos para valorar la eficacia de las medidas comerciales*

Existe la tendencia a relacionar la eficacia de las medidas comerciales previstas en los AMUMA con la eficacia del acuerdo en sí. En otras palabras, a primera vista podría considerarse que las medidas comerciales son eficaces si logran corregir, evitar o prevenir el daño ambiental que motivo la adopción del acuerdo internacional en el que se contemplan. No obstante, si bien es verdad que por lo general el objeto del AMUMA

⁷⁵ Véase principio 12 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, de 14 de Junio de 1992. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁷⁶ OCDE, *Report on Trade and Environment to the OECD Council at Ministerial Level*, OCDE/GD(95) 63, 1995, p. 6; OECD, *Utilisation de mesures commerciales. . .*, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁷ Véase el *Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente* a la Conferencia Ministerial de Singapur. OMC Doc. WT/CTE/1, párr. 173.

⁷⁸ Petersmann ha escrito: "The list of alternative regulatory instruments should therefore not include trade restrictions unless they are mutually agreed between the countries concerned as a 'second-best policy instrument' (e.g. in the 1973 CITES Convention where the 'first-best policy instrument' of non-discriminatory internal hunting and sales prohibitions for endangered species may not be sufficiently enforceable in less developed countries)." E. U. Petersmann, *International and European. . .*, *op. cit.*, p. 15. En el mismo sentido A. Subramanian, "Trade Measures for the Environment. . .", *op. cit.*, p. 144. Al leer los artículos anteriores sobre la teoría de la intervención óptima da la impresión de estar ante un razonamiento que buscan evitar, en el contexto de los problemas ambientales, el empleo de las medidas unilaterales. En otras palabras, los defensores de la teoría de la intervención parecen excluir de sus argumentos a las medidas comerciales adoptadas en un marco multilateral. Sin embargo, si consideramos que los efectos en las fuentes de degradación ambiental no cambian si la medida que se aplica es multilateral en lugar de unilateral, no parece haber razón para esta discriminación positiva a favor de las medidas multilaterales. En cualquier caso, las medidas comerciales unilaterales han probado ser, en algunos casos, instrumentos efectivos de protección ambiental. Para una defensa del papel de las medidas comerciales unilaterales desde una perspectiva económica véase H. Chang, "An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 83, No. 6, July 1995, pp. 2131-2209; también H. Chang, "Carrots, Sticks, and International Externalities", *International Review of Law and Economics*, Vol. 17, No. 3, September 1997, pp. 309-324. Para una perspectiva jurídica D. Bodansky, "What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, pp. 339-347.

y el efecto esperado o deseado de las medidas comerciales están íntimamente relacionados, esto no es así en todos los casos.

Normalmente, cuando las medidas comerciales son el instrumento principal del AMUMA, su eficacia está íntimamente relacionada con la consecución del objetivo ambiental del acuerdo. Sin duda, el logro de los objetivos fijados por CITES y la Convención de Basilea depende en gran medida de la eficacia de las medidas comerciales que contemplan como su política principal. Sin embargo, aun cuando el objetivo de los AMUMA y de las medidas comerciales es similar, no siempre es posible valorar la eficacia de estas últimas considerando únicamente la consecución de los objetivos del AMUMA, pues otros factores también influyen. Por un lado, es difícil valorar la eficacia de las medidas comerciales cuando éstas no son efectivamente implementadas y aplicadas, algo que sucede con frecuencia⁷⁹. Por otro lado, en muchos casos, los AMUMA pueden no abordar de forma adecuada el problema ambiental que constituye su objeto material. Por ejemplo, CITES en el fondo fue adoptado para proteger la vida de las especies amenazadas de flora y fauna silvestre, no obstante, sus disposiciones sólo atacan una de las fuentes que amenaza la pervivencia de las especies que busca proteger: el comercio. De modo que, aun si las partes cumplieran cabalmente con los controles comerciales, CITES en sí mismo podría no ser efectivo en lograr el fin último de protección de la flora y fauna⁸⁰.

Ahora bien, es importante decir que en algunos casos el objetivo de las medidas comerciales puede no ser idéntico que el perseguido por el AMUMA que la contiene. Hemos mencionado antes que algunos AMUMA utilizan las medidas comerciales con el

⁷⁹ Actualmente uno de los problemas más preocupantes en el ámbito del Derecho internacional del medio ambiente es la falta de aplicación efectiva de las normas existentes. Como advierte A. Rodrigo: "En el Derecho internacional del medio ambiente es más necesaria una aplicación efectiva de los tratados internacionales del medio ambiente que la creación de nuevas normas". A. Rodrigo, "Nuevas técnicas jurídicas . . .", *op. cit.*, p. 167.

⁸⁰ C. Osakwe, "Finding New Packages of Acceptable . . .", *op. cit.*, p. 46.

fin de inducir a terceros Estados a adherirse al acuerdo o bien para evitar que los *free riders* obtengan beneficios a costa de las obligaciones de los Estados obligados por los acuerdos. Así, la eficacia de la medida comercial debe ser analizada exclusivamente considerando su finalidad.

Conviene decir que en muchos casos las medidas comerciales coexisten en los AMUMA con otros instrumentos de protección ambiental. En ocasiones, es difícil atribuir el logro de un objetivo a una medida o a otra. Sin duda, las medidas comerciales de inducción previstas en el Protocolo de Montreal han sido importantes para que terceros países se adhieran a sus disposiciones. No obstante, incluso los estudios especializados han sido incapaces de determinar si la amplia participación en el Protocolo se debe a la eficacia de las medidas comerciales o a las de otras medidas, como la ayuda económica⁸¹. Ahora bien, independientemente de la dificultad que existe para valorar la eficacia se pueden formular algunas consideraciones generales.

3. *Consideraciones generales sobre la eficacia de las medidas comerciales*

Algunos estudios especializados han advertido que las medidas comerciales han sido efectivas en recopilar información sobre los efectos ambientales relacionados con los flujos comerciales, en reducir los flujos comerciales con impactos ambientales adversos, en reducir los beneficios de los *free riders* y en inducir a terceros países a adherirse a los compromisos internacionales de protección ambiental.⁸² Además, al parecer, las medidas comerciales son más efectivas cuando se dirigen a problemas específicos y cuando van acompañadas de otras medidas de protección. Así, si el comercio ocasiona un daño ambiental directo o aporta un estímulo importante a ciertas

⁸¹ OECD, *Utilisation de mesures commerciales. . .*, op. cit., pp. 20-21.

⁸² UNEP/CIEL, "Effectiveness of Trade & Positive Measures in Multilateral Environmental Agreements: Lessons from the Montreal Protocol", disponible en línea en: www.ciel.org/Publications/EffectivenessofTradeandPosMeasures.pdf; OECD, *Utilisation de mesures commerciales. . .*, op. cit., p. 5.

actividades relacionadas con la degradación del medio ambiente, una medida comercial parece ser el instrumento con mayor probabilidad de corregir eficazmente el problema. Por ejemplo, siendo que los elefantes africanos son sacrificados principalmente para quitarles sus colmillos y comercializar con ellos, las medidas comerciales pueden ser un instrumento de protección ambiental útil⁸³. No obstante, incluso en casos en que la relación entre el comercio y la degradación ambiental es clara, otros factores pueden intervenir y disminuir la eficacia. En el caso de los elefantes sus poblaciones pueden también verse amenazadas por la pérdida de hábitat, falta de recursos y personal capacitado para su conservación, entre otras. Por esta razón, diversos estudios sobre la eficacia de las medidas comerciales sostienen que deben ir acompañadas de otras medidas positivas, como la transferencia de tecnología, financiación, capacitación, etc⁸⁴.

Entre los factores que pueden disminuir la eficacia de las medidas comerciales se han identificado: el comercio ilegal, la falta de implementación y aplicación efectiva y la ausencia de medidas complementarias en el AMUMA⁸⁵. Un análisis de las medidas comerciales multilaterales quedaría incompleto si no hacemos una breve referencia a algunos aspectos relativos a su legalidad en el marco del Derecho internacional general.

C) LA LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Los AMUMA, como ya hemos mencionado antes, pretenden hacer frente a diversos problemas ambientales que tienen una verdadera dimensión internacional. Con frecuencia, la negociación de estos acuerdos implica una importante inversión de tiempo y de recursos económicos, y un gran desgaste político por parte de los distintos Estados

⁸³ A. Subramanian, "Trade Measures for the Environment. . .", *op. cit.*, p. 139, nota al pie 7.

⁸⁴ V. Jha y U. Hoffmann, "Achieving Objectives of Multilateral Environmental Agreements: A Package of Trade Measures and Positive", *United Nations Conference on Trade and Development*, 2001, UNCTAD/ITCD/TED/6; C. Osakwe, "Finding New Packages of Acceptable . . .", *op. cit.*, p. 46.

⁸⁵ OECD, *Utilisation de mesures commerciales. . .*, *op. cit.*, p. 39.

interesados⁸⁶. Esto se debe a que, normalmente, el primer sector afectado por las obligaciones ambientales es el económico, de modo que se hace necesario establecer un equilibrio entre prestaciones y contraprestaciones que puede prolongar varios años la negociación de un acuerdo. Así, cuando estos acuerdos prevén el uso de las medidas comerciales es porque, después de haber analizado diversas opciones, se ha llegado a la conclusión de que son un instrumento útil para lograr el objetivo ambiental que se pretende. Por lo tanto, no parece exagerado decir que los Estados parte en los AMUMA están legitimados para adoptar las medidas comerciales en respuesta a un problema ambiental que le afecta directamente, incluso si estas medidas pueden afectar los flujos comerciales de terceros Estados. Sin embargo, en ocasiones se discute la legalidad de la aplicación de medidas comerciales previstas por los AMUMA, especialmente las que están dirigidas a los Estados que no son parte⁸⁷. Conviene recordar que este tipo de medidas, a pesar de ser adoptadas en un marco multilateral, son medidas percibidas como unilaterales desde la perspectiva del Estado que no es parte del acuerdo.

Teniendo en cuenta que el Derecho internacional reconoce como una facultad soberana de cada Estado el establecimiento de sus políticas de protección ambiental conforme a sus propias necesidades⁸⁸, algunos países consideran como una intromisión en sus asuntos internos y una violación a su soberanía la coerción económica aplicada a través de medidas comerciales con el fin de lograr un cambio en sus políticas

⁸⁶ Para una selección de artículos que analizan desde distintos ángulos la negociación de acuerdos internacionales del medio ambiente véase G. Sjöstedt, B. I. Spector y I. W. Zartman (eds.), *Negotiating International Regimes: Lessons Learned from the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, Great Britain: Graham & Trotman, 1994.

⁸⁷ Las cuestiones de legalidad de las medidas comerciales aplicadas entre Estados parte en un AMUMA son menos probable que surjan. El principio de la *pacta sunt servanda* que rige el derecho de los tratados establece la obligación de las partes de cumplir de buena fe los compromisos convencionales asumidos. En los AMUMA con disposiciones comerciales, los Estados parte han consentido expresa o implícitamente la posibilidad de que les sean aplicadas las medidas de este tipo.

⁸⁸ Principio 21 de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano* de 16 de junio de 1972 (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1) y principio 2 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, de 14 de Junio de 1992. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). La Resolución 3171 (XXVIII) de la Asamblea General del año 1973.

ambientales o para inducirles a cooperar⁸⁹. A pesar de que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha emitido distintas resoluciones exhortando a la Comunidad internacional a eliminar medidas económicas para ejercer coerción política y económica sobre los países en desarrollo⁹⁰, aún no está claro que la coerción económica sea una forma de intervención en los asuntos internos de otros países contraria al principio de no-intervención⁹¹.

En ese sentido es interesante observar que, aunque las restricciones comerciales pueden influir en las decisiones de política ambiental que adoptan terceros Estados, en sentido estricto, no obligan a la adopción de una política determinada. Por ejemplo, si un país desea exportar productos sujetos a los controles comerciales previstos por el AMUMA a los países parte en el acuerdo, cumplirá las obligaciones del AMUMA o se adherirá a él⁹². Por otro lado, si decide no cambiar de actitud, podrá hacerlo a pesar de la restricción comercial, sin que ello dé lugar al ejercicio de acción judicial alguna propia

⁸⁹ Véase M. Drumbl, “Northern Economic Obligation, Southern Moral Entitlement, and International Environmental Governance”, *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 27, No. 2, 2002, p. 366; R. Howse y M. Trebilcock, “The Fair Free-Trade Debate: Trade, Labour, and the Environment”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 16, 1996, p. 61.

⁹⁰ *Medidas Económicas como Medio de Ejercer coacción Política y Económica sobre Países en Desarrollo*. U.N. Doc. A/RES/44/215 de 22 Diciembre de 1989; U.N. Doc. A/RES/46/210 de 20 Diciembre 1991; U.N. Doc. A/RES/48/168 de 21 de Diciembre de 1993. Es importante señalar que estas resoluciones no crean obligaciones jurídicas por sí mismas. Además, al examinar su valor normativo es importante recordar que 18 países han manifestado su oposición al contenido de estas resoluciones.

⁹¹ La Corte Internacional de Justicia en el caso *de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* manifestó con relación a las medidas comerciales norteamericanas (eliminación de la ayuda extranjera, la reducción en las cuotas de importación de azúcar y un embargo comercial) una imposibilidad de declararlas un quebrantamiento del principio de no intervención. *I.C.J., Recueil 1986*, párrs. 234-245. Tampoco se ha reconocido, como sugieren algunos, que la coerción económica sea una violación a la prohibición del uso de la fuerza. S. Schuette, “U.S. Economic Sanctions Regarding the Proliferation of Nuclear Weapons: A Call for Reform of the Arms Export Control Act Sanctions”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 35, No. 1, Nov. 2001-Feb. 2002, p. 237. Véase también S. Cleveland, “Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1, Winter 2001, p. 53.

⁹² Normalmente, las restricciones comerciales previstas por los AMUMA pueden ser salvadas por los Estados no parte si demuestran que están cumpliendo con las obligaciones previstas en el acuerdo a pesar de no estar jurídicamente vinculados a sus disposiciones.

del incumplimiento de una norma, únicamente no podrá exportar la mercancía a los países parte en el AMUMA en cuestión⁹³.

Adicionalmente, la regulación del comercio cae dentro de las competencias reconocidas por el Derecho internacional a los Estados soberanos⁹⁴. En efecto, conforme al Derecho internacional público, cada país es libre para decidir con qué países entabla relaciones comerciales. Por este motivo, las medidas comerciales pueden ser aplicadas por razones ambientales e, incluso, sin razón alguna. Ahora bien, se podría pensar que el principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, que dispone que las medidas comerciales multilaterales son preferibles a las medidas unilaterales para hacer frente a los daños ambientales que afectan a más de un Estado, es la norma internacional que regula la legalidad de las medidas comerciales. Sin embargo, la declaración de Río es un instrumento de *soft law* (legislación blanda), cuyos principios sirven sólo para orientar las políticas comerciales y ambientales de los países firmantes, no para definir el estatuto legal que tienen estas medidas en el Derecho internacional⁹⁵. Además, el principio 12 establece sólo una preferencia no obligatoria por las medidas multilaterales sobre las unilaterales. En realidad, ya que la mayor parte de la Comunidad internacional está vinculada a las obligaciones comerciales que emanan de los distintos acuerdos que administra la Organización Mundial del Comercio, es en este contexto en el que se analiza generalmente la legalidad de las medidas comerciales unilaterales y multilaterales⁹⁶.

⁹³ R. Howse y D. Regan, "The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, p. 275.

⁹⁴ P. Demaret, "TREM's, Multilateralism, Unilateralism and the GATT. . .", *op. cit.*, p. 62.

⁹⁵ N. Kuei-Jung, "Contemporary Prospects for the Application of Principle 12 of the Rio Declaration", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 14, Fall 2001, pp. 18-19.

⁹⁶ W. Lang, "Les mesures commerciales. . .", *op. cit.*, p. 547; M. Bothe, "Le Droit de l'environnement. . .", *op. cit.*, p. 63; M. A. Elizalde, "La legalidad de las medidas comerciales unilaterales para proteger el medio ambiente. . .", *op. cit.*, pp. 29-42.

Capítulo III

LA INFLUENCIA NORMATIVA DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN LOS AMUMA CON MEDIDAS COMERCIALES

A principios de la década de los 90 una diferencia planteada en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT) mostró con claridad que el régimen del comercio internacional tiene una importante influencia normativa sobre las políticas ambientales que hacen uso de las medidas comerciales. Además, la diferencia sirvió para identificar las tensiones económicas, políticas y jurídicas existentes entre el Sistema Multilateral de Comercio (SMC) y las políticas de protección ambiental implementadas a través de restricciones comerciales, y para establecer, en términos de legalidad o si se prefiere de *lex ferenda*, una marcada preferencia por las medidas basadas en el consenso internacional sobre las medidas unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales internacionales.¹

Aunque las medidas basadas en el consenso internacional son preferidas por la Comunidad internacional, la aplicación de medidas comerciales para lograr los objetivos de los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) no deja de presentar algunos aspectos que pueden entrar en conflicto con las normas del SMC².

¹ J. Jackson, "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?", *Washington & Lee Law Review*, Vol. 49, Fall 1992, pp. 1227-1278; J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994; S. Charnovitz, "Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and their Application to Environmental Trade Measures", *Tulane Environmental Law Journal*, Summer 1994, Vol. 7, pp. 303-352; C. Ford, *Freer Trade, Protected Environment [Balancing Trade Liberalisation and Environmental Interests]*, New York: Council on Foreign Relations Press, 1994; B. Kingsbury, "Environment and Trade: The GATT/WTO Regime in the International Legal System", en: A. Boyle, *Environmental Regulation and Economic Growth*, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 189-231; A. M. Rugman, J. J. Kirton y J. A. Soloway (eds.), *Trade and the Environment: Economic, Legal and Policy Perspectives*, United Kingdom: The International Library of Critical Writings in Economics, 1998; E. Brown Weiss y J. Jackson, *Reconciling Environment and Trade*, New York: Transnational Publishers, 2001.

² Existe abundante literatura sobre los posibles conflictos entre los AMUMA y el régimen del comercio internacional véase, por ejemplo, C. Crawford, "Conflicts Between the Convention on International Trade in Endangered Species and the GATT in the Light of Actions to Halt the Rhinoceros and Tiger Trade", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 7, Spring 1995, pp. 555-585; C. R. Fletcher,

Con el fin de comprender la relación del régimen del comercio internacional y los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente que utilizan restricciones comerciales en este capítulo estudiaremos el origen, desarrollo y actualidad de la relación *comercio-medio ambiente*. Esto nos permitirá ubicar en dónde radica la influencia del SMC sobre las políticas ambientales con medidas comerciales. Por otro lado, también nos ayudará a entender por qué la Comunidad internacional ha establecido, en el principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo³, una preferencia por las medidas comerciales multilaterales sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales que afectan a más de un Estado. Así, en primer lugar, se analiza la base teórica del comercio internacional, el nacimiento del régimen del comercio internacional y las políticas ambientales como barreras comerciales. En segundo lugar, abordamos el estudio de los primeros conflictos entre el régimen del comercio internacional y las políticas de protección ambiental. En este apartado veremos las primeras críticas de los grupos ambientalistas al SMC y el origen de la preferencia por las medidas multilaterales sobre las unilaterales para abordar los problemas ambientales internacionales. En tercer lugar, entre otros aspectos, analizaremos cuál ha sido la respuesta de la OMC a las críticas de los grupos ambientalistas, el trabajo del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) y el mandato de la Ronda del Desarrollo.

“Greening World Trade: Reconciling GATT and Multilateral Environmental Agreements Within the Existing World Trade Regime”, *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 5, Spring 1996, pp. 341-372; S. Wen-Chen, “Multilateralism and the Case of Taiwan in the Trade Environment Nexus—The Potential Conflict between CITES and the GATT/WTO”, *Journal of World Trade*, Vol. 30, No. 3, June 1996, pp. 109-140; C. Wold, “Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?”, *Environmental Law*, Vol. 26, Fall 1996, pp. 841-921; A. E. Brunner, “Conflicts Between International Trade and Multilateral Environmental Agreements”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 4, Fall 1997, pp. 74-102; R. L. Winter, “Reconciling the GATT and WTO with Multilateral Environmental Agreements: Can we Have our Cake and Eat it Too?”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 11, Winter 2000, pp. 223-255; B. Condon, “Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9, Spring 2002, pp. 533-567.

³ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, hecha en Río de Janeiro el 14 de Junio de 1992, (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

I. LA RELACIÓN ENTRE EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

A) LA BASE TEÓRICA DEL LIBRE COMERCIO

El aprovechamiento de las ventajas comparativas es la base teórica del comercio internacional, invita a la especialización y a las economías en escala. Esto se traduce en mayor producción de bienes a menor coste⁴. Algunos economistas sostienen que el comercio internacional es un acelerador del crecimiento económico⁵. El éxito del sistema requiere mercados abiertos que permiten el intercambio de los productos⁶. Por otro lado, las autarquías, es decir, las economías cerradas o proteccionistas, al no sacar beneficio de las ventajas que tienen comparativamente frente a otros países y al privarse de los productos que aquellos producen mejor y a menor coste, además de ser consideraras ineficientes por los economistas, tienden a crecer más lentamente⁷. No es pues de extrañar que la aplicación de restricciones comerciales sea el anatema de los expertos en comercio internacional.

Ahora bien, las restricciones comerciales como instrumento de protección del medio ambiente han estado presentes en las relaciones internacionales desde hace más de un siglo⁸. No obstante, la aplicación de restricciones comerciales por razones

⁴ J. Tugores, *Economía Internacional: Globalización e Integración Regional*, 4ª edición, Madrid: McGraw Hill, 1999, p. 1. Véase también P. Krugman y M. Obstfeld, *Economía Internacional: Teoría y Política*, 4ª edición, Madrid: McGraw Hill, 1999, p. 100; J. Jackson, *The World Trading System*, 2nd edition, London: The MIT Press, 1997, p. 6; “Survey World Trade: Why Trade is Good for You?”, *The Economist*, October 3rd, 1998, p. 4.

⁵ Los países en vías de desarrollo con economías abiertas crecieron 4.5 por ciento en los años 70s y 80s, los que tuvieron economías cerradas crecieron sólo 0.7 por ciento. Las economías abiertas de los países más ricos crecieron 2.3 por ciento al año, las cerradas crecieron sólo un 0.7 por ciento. “The Never Ending Question: Does Free Trade Fosters Economic Growth?”, *The Economist*, July 3rd, 1999. Para un argumento en contra véase D. Rodrik y F. Rodriguez, “Trade Policy and Economic Growth: A Sceptics Guide to the Cross-National Evidence”, *NBER paper 7081*, April 1999.

⁶ P. Krugman y M. Obstfeld, *Economía Internacional: Teoría y Política*. . . , *op. cit.*, pp. 10-26.

⁷ “The Never Ending Question: Does Free Trade Fosters Economic Growth?”, *The Economist*, July 3rd, 1999.

⁸ Por ejemplo, en 1877 Gran Bretaña autorizó restricciones a la importación de patatas y otros vegetales que pudieran introducir a su territorio el escarabajo rojo. Véase S. Charnovitz, “A Taxonomy of Environmental Trade Measures”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 6, Winter 1996, p. 17.

ambientales no dio lugar a tensiones internacionales de importancia hasta después del fin de la segunda guerra mundial, momento en que se inicia la construcción de un marco normativo internacional para promover el libre intercambio de mercancías.

B) EL NACIMIENTO DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL COMERCIO: EL GATT (1947)

Al final de la segunda guerra mundial las potencias vencedoras, encabezadas por los Estados Unidos, unieron esfuerzos para implantar un marco normativo internacional que favoreciera el libre comercio. Así, en 1947, con la firma del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), se puso la primera piedra del régimen internacional del comercio⁹. El GATT nació con el objetivo de lograr una reducción paulatina de aranceles a escala universal y evitar así el aislacionismo comercial que exacerbó la crisis económica que influyera en el estallido de la segunda gran guerra¹⁰. El principio de *no-discriminación* es una de las obligaciones comerciales con las que el GATT busca establecer las condiciones necesarias para favorecer la liberalización comercial. Bajo el principio de *no-discriminación* una parte contratante no puede regular el trato comercial concedido a un producto de otro país de modo más favorable que a los productos de otras partes en el Acuerdo General o de modo menos favorable que a los productos nacionales¹¹. Para alcanzar su objetivo de liberalización comercial el GATT también prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación o exportación¹².

En los años en que se negoció la firma del GATT los problemas ambientales no eran una preocupación internacional, de tal suerte que en el texto del acuerdo no hay

⁹ El texto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio -en lo sucesivo el GATT- de 1947 puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 503-583.

¹⁰ Véase el preámbulo del GATT. Véase también J. Jackson, *The World Trade Organisation [Constitution and Jurisprudence]*, Great Britain: The Royal Institute of International Affairs, 1998, p. 12.

¹¹ Artículos I y III del GATT.

¹² *Ibid.*, artículo XI.

ninguna referencia expresa al medio ambiente¹³. El preámbulo del Acuerdo ilustra claramente el pensar de la Comunidad internacional en esos años al haber establecido entre sus objetivos: "...la utilización completa de los recursos mundiales y al acrecentamiento de la producción y de los intercambios de productos...". En cualquier caso, el Acuerdo General reconoce que sus partes contratantes tienen derecho a regular, incluso a través de restricciones comerciales, diversos aspectos relacionados con la salud, la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, así como la conservación de los recursos naturales agotables. El GATT sólo requiere que el trato diferenciado a los productos que pretenda lograr alguno de los anteriores objetivos esté justificado y que las medidas no disfracen una restricción al comercio.¹⁴

C) LAS POLÍTICAS AMBIENTALES COMO BARRERA COMERCIAL NO ARANCELARIA

A pesar de que no fue posible la creación de la institución prevista para que administrara el GATT, el acuerdo -funcionando por virtud de un Protocolo de Aplicación Provisional- cumplió su objetivo: que los derechos arancelarios alrededor del mundo disminuyeran¹⁵. Esto se logró gracias a que las partes contratantes en el GATT celebraban rondas de negociaciones en las que fueron consolidando la reducción de aranceles para favorecer el libre cambio de mercancías¹⁶.

¹³ E. Brown Weiss, "Environment and Trade as Partners in Sustainable Development: A Commentary", *American Journal of International Law*, Vol. 86, No. 4, 1992, p. 728.

¹⁴ Véase incisos b) y g) del artículo XX del GATT.

¹⁵ EL GATT de 1947 no llegó nunca a entrar en vigor, sin embargo, en la práctica, sus disposiciones regularon el comercio internacional hasta 1994 a través de un Protocolo de Aplicación Provisional en el que las partes contratantes acordaron aplicar provisionalmente las partes I y III y, en aquellos aspectos que no fueran contrarios a su legislación existente, la parte II del acuerdo. Se pactó que el Protocolo de Aplicación Provisional tendría efecto a partir del 1 de enero de 1948 y se encuentra incorporado al GATT en su Apéndice B. Véase sobre este protocolo M. Hansen y E. Vermulst, "The GATT Protocol of Provisional Application: A Dying Grandfather?", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 27, 1989, pp. 263-308; F. Roessler, "The Provisional Application of the GATT: note on the Report of the GATT Panel on *Manu-facturing Clause* in the U.S. copyright legislation", *Journal of World Trade Law*, Vol. 19, 1985, pp. 285-295.

¹⁶ Por lo general, antes de iniciar una ronda de negociaciones se elabora una agenda de trabajo que contempla los temas específicos que se han de negociar y un término en el que deberán estar concluidas las negociaciones. Desde 1947 se han celebrado Rondas en Ginebra 1947; Annecy 1949; Torquay 1951;

Conforme los años fueron transcurriendo y las barreras arancelarias fueron desapareciendo los expertos comerciales centraron su atención en otras técnicas de restricción y distorsión comercial no arancelarias. Este tipo de restricciones eran percibidas como obstáculos para la liberalización comercial tan efectivos como los aranceles. A finales de 1969 las barreras no arancelarias se analizaron por primera vez en el contexto del GATT y un año más tarde los problemas sobre el comercio internacional y medio ambiente salieron a la superficie¹⁷. Los expertos comerciales empezaron a temer que la naciente conciencia de la Comunidad internacional sobre el impacto de las actividades humanas en el medio ambiente pudiera llevar a algunos gobiernos a utilizar las políticas de protección ambiental como obstáculos al comercio o como nuevas formas de proteccionismo¹⁸. Conviene mencionar que la adopción de normas internas y de acuerdos internacionales de protección ambiental fue espacialmente nutrida a partir de esos años. En algunos casos, estas políticas preveían la adopción de restricciones comerciales alterando las condiciones de competencia. Como observa C. S. Pearson, el criterio en esos tiempos era que, o bien un país establecía una fuerte protección ambiental a través de impuestos a la contaminación, estándares para los efluentes y para las emisiones o, de lo contrario, su posición en la competencia internacional sufriría las consecuencias¹⁹.

Ginebra 1956; Ginebra (Ronda Dillon 1960-1961); Ginebra (Ronda Kennedy 1964-1967); Ginebra (Ronda de Tokio 1973-1979); Ginebra (Ronda Uruguay 1986-1994). Actualmente se negocia la que ha sido denominada *Ronda del Desarrollo*, que inició en el 2001.

¹⁷ C. S. Pearson, "El nexa entre el comercio internacional y el medio ambiente. ¿Qué hay de nuevo desde 1972?", en: D. Zaelke, P. Orbuch y R. Housman (eds), *Comercio internacional y medio ambiente: derecho, economía y política*, Buenos Aires: Editorial Espacio, 1995, p. 46.

¹⁸ En la década de los 60 y a principios de la década de los 70 diversas publicaciones advirtieron de las consecuencias del crecimiento económico en el medio ambiente que despertaron la conciencia ecológica en el mundo. Entre las obras más influyentes se encuentran: B. Russell, *Has Man a Future?*. Harmondsworth Penguin Books, 1961; R. Carlson, *Silent Spring*, London: Hamish Hamilton, 1963; The Club of Rome, *The Limits of Growth*. New York: Universe Books, 1972. Por otro lado, en ese período también tuvieron lugar algunas catástrofes ecológicas nunca antes vistas como la marea negra provocada en 1967 por el petrolero *Torrey Canyon* frente a las costas de algunos países de Europa.

¹⁹ C. S. Pearson, "El nexa entre el comercio internacional. . .", *op. cit.*, p. 46.

El temor de que se aplicarían restricciones comerciales para proteger a los productores nacionales de la competencia extranjera bajo una falsa preocupación por la salud de las personas, animales y vegetales o la conservación de los recursos naturales llevó al Consejo de Representantes del GATT a establecer en 1971 el Grupo de las Medidas Ambientales y el Comercio Internacional (Grupo MACI). Las funciones del Grupo MACI consistían en examinar, a solicitud de cualquiera de las partes en el GATT, los posibles efectos de las políticas de protección ambiental en el comercio, poniendo especial atención a su relación con la aplicación de las disposiciones del Acuerdo General²⁰. A este grupo no se le hizo ninguna petición durante los 20 años posteriores a su creación.

Un año después de creado el Grupo MACI, en 1972, se celebró en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano²¹. En la preparación de la conferencia el secretario del GATT, a título personal, colaboró con un estudio al que denominó *Lucha contra la polución industrial y comercio internacional*. En su estudio el secretario del GATT, con las preocupaciones que llevaron a la formación del Grupo MACI en mente, insistió en que las consideraciones ambientales tienen un gran potencial de ser utilizadas como barreras comerciales no arancelarias.²²

En la Ronda Tokio de negociaciones comerciales (1973-1979), con el fin de evitar que se utilizaran las regulaciones técnicas y los estándares -que en ocasiones comprenden aspectos de protección del medio ambiente- como barreras comerciales, se adoptó el primer Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, conocido en la doctrina anglosajona como “*Standards Code*”.

²⁰ Cfr. *Decisión de las Partes Contratantes del GATT*. GATT Doc. C/M/71.

²¹ Véase *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, hecha en Estocolmo el 16 de junio de 1972. (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1).

²² *Lucha contra la polución industrial y comercio internacional*. GATT Doc. L/3538, de 9 de junio de 1971.

En resumen, en la década de los 70 la comunidad del comercio internacional observaba cuidadosamente los potenciales efectos de las políticas ambientales en el comercio, mientras que los grupos ambientalistas ni siquiera consideraban que las normas del régimen del comercio internacional pudieran restar efectividad a las normas destinadas a proteger el medio ambiente²³. A principios de la década de los 90 la pasividad de los grupos ambientalistas terminaría a consecuencia del surgimiento de las primeras diferencias entre el régimen del comercio internacional y las políticas ambientales que emplean medidas comerciales.

II. LAS PRIMERAS TENSIONES INTERNACIONALES ENTRE EL RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL MEDIO AMBIENTE

A pesar de la temprana identificación del potencial su potencial para esconder motivaciones proteccionistas, no fue hasta la década de los 90 que las políticas ambientales fueron motivo de tensiones en el régimen del comercio internacional²⁴.

A) EL ASUNTO *ATÚN/DELFINES I*

El asunto *Atún-Delfines I* de 1991 fue el resultado de una diferencia entre México y Estados Unidos sobre una prohibición a la importación de atún procedente de México aplicada unilateralmente –sin respaldo de la Comunidad internacional- por los Estados Unidos con el argumento de que las técnicas de captura de atún utilizadas por las embarcaciones mexicanas causaban la muerte incidental delfines en el Océano Pacífico Oriental²⁵. Estados Unidos argumentó que la discriminación comercial estaba

²³ C. S. Pearson, “El nexa entre el comercio internacional. . .”, *op. cit.*, p. 46.

²⁴ J. Cardona Llorens, “Límites al libre comercio: el medio ambiente”, en: F, Esteve García (coord.), *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*, Girona: Universitat de Girona, 2001, pp. 95 y ss.

²⁵ Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún* de 1991, GATT Doc. DS21/R - 39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Informe no adoptado). Estados

justificada porque la restricción tenía por objeto proteger la vida de delfines que, en el caso, también podían ser consideradas un recurso natural agotable. El Grupo Especial en el caso dijo que, a diferencia de lo que sucede con las medidas comerciales destinadas a proteger el medio ambiente dentro de la jurisdicción del país importador, a las que el GATT no impone demasiados límites –aunque controversias posteriores parecen indicar lo contrario–, las restricciones comerciales adoptadas para inducir cambios en las políticas ambientales de terceros países resultan incompatibles con el Acuerdo General²⁶. Según el Grupo Especial aceptar el uso de las restricciones comerciales de forma unilateral con el pretexto de proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador podría colapsar el régimen del comercio internacional. El razonamiento era que las relaciones comerciales en el marco del GATT se verían obstaculizadas a consecuencia del ilimitado número de condiciones comerciales que serían aplicadas por las Partes Contratantes bajo argumentos ambientales y que resultarían imposibles de satisfacer para los países exportadores²⁷. Se entiende que, con su informe, el Grupo Especial pretendía evitar abrir una puerta que legalizara el proteccionismo teñido de verde. Por su parte, los países menos desarrollados apoyaron el sentido del informe del Grupo Especial, pues no veían con agrado que los países desarrollados pudieran alterar, unilateralmente y en su perjuicio, las condiciones de competencia bajo argumentos ambientales.

Unidos aplicó también una restricción comercial a los países que comerciaban con el atún de México. Esto dio lugar a una segunda diferencia conocida como el asunto *Atún-Delfines II*.

²⁶ Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación*. . . , *op. cit.*, párr. 6.2. Sobre las dificultades que impone el GATT para proteger el medio ambiente doméstico a través de restricciones comerciales véase el informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos e impuestos internos sobre cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990; Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – impuestos aplicados a los automóviles*, GATT Doc. DS31/R, 11 de octubre de 1994; Informe del Grupo Especial y del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC Doc. WT/DS2/R, del 29 de enero de 1996; OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996 y OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.

²⁷ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún de 1991*. . . , *op. cit.*, párr. 5.27.

Ahora bien, el Grupo Especial dio a entender que a pesar de ser contrarias al Acuerdo General, las medidas que buscan inducir cambios en las políticas ambientales de terceros países podrían salvar las cuestiones de legalidad si en lugar de ser adoptadas unilateralmente, como en el caso habían hecho los Estados Unidos, se adoptaban por las Partes Contratantes conjuntamente²⁸. En otras palabras, las medidas comerciales multilaterales para la protección del medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador podrían ser legítimas en el marco del Acuerdo General.

B) LAS PRIMERAS CRÍTICAS AL GATT DE LOS GRUPOS AMBIENTALISTAS

La decisión del Grupo Especial dio lugar a multitudinarias manifestaciones de protesta en contra del SMC por parte de los grupos ambientalistas, que empezaron a ver el régimen del comercio internacional como un obstáculo para las políticas ambientales que precisan de restricciones comerciales para ser efectivas²⁹. Las protestas hicieron temer que los grupos ambientalistas pudieran impedir el buen desarrollo de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) que en ese momento se celebraban y, más para desviar la atención que por una preocupación real por el medio ambiente, apoyaron la primera reunión del Grupo MACI³⁰.

Los expertos en comercio internacional, apoyados por los países menos desarrollados, en respuesta a las protestas de los grupos ambientalistas resaltaban los

²⁸ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún de 1991*. . . , *op. cit.*, párr. 6.4.

²⁹ S. Lahey, “Trade and Environment”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Vol. 16, 1996, p. 188.

³⁰ Hubo otros factores que también influyeron en que el Grupo MACI se reuniera por primera vez. Algunos países de Europa del Norte, con reputación de verdes, temían que las políticas de protección ambiental de otros países impidieran de forma unilateral sus exportaciones, como le había sucedido a México en el asunto *Atún-Delfines I*, así que se pidió la reunión del Grupo MACI para que defendiera sus intereses comerciales. Estos países pensaban que mientras más pronto el GATT participará en la creación de las políticas ambientales sería más fácil influir en su desarrollo, dándoles una inclinación más acorde a sus intereses. Es importante decir que algunos países se oponían a la reunión del Grupo MACI porque temían que, en lugar de proteger los intereses comerciales, pudiera apoyar el proteccionismo bajo argumentos ambientales. Véase G. Shaffer, “The World Trade Organization Under Challenge: Democracy and The Law and Politics of the WTO’s Treatment of Trade and Environmental Matters”, *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 25, No. 1, 2001, pp. 18-21.

posibles beneficios ambientales del libre comercio y enfatizaban los efectos que en el comercio y en el desarrollo económico podían tener la aplicación de este tipo de medidas. En esencia, y no sin razón, observaban que el libre comercio puede jugar un papel esencial en la protección ambiental³¹. Por lo general, los beneficios potenciales se asocian al crecimiento económico que promueve: a) genera riqueza que los gobiernos o las industrias pueden destinar a la protección del medio ambiente³²; b) es un medio eficaz para lograr el desarrollo de los países más pobres³³ (conviene decir que los efectos de la pobreza son quizás la principal amenaza que pone en peligro al medio ambiente³⁴); y c) se dice que mientras más rica se va volviendo una sociedad mejor calidad ambiental demanda, obligando a las industrias a cambiar sus métodos de producción por unos que cumplan con las exigencias ecológicas³⁵. Adicionalmente, algunas posiciones aseguraban que el medio ambiente (capacidad de asimilación de contaminación, disponibilidad de recursos naturales, etc.) no es un elemento distinto que la capacidad tecnológica o la mano de obra en el momento de explotar las ventajas

³¹ Véase *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, Tomo II, Madrid: MOPT, 1992, pp. 13-20. También PNUMA, *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2002 (GEO3): Pasado, Presente y Futuro*, Madrid: Mundi-Prensa, 2002, p. 406.

³² J. Jackson, "World Trade Rules and Environmental Policies. . .", *op. cit.*, p. 1227; E. Brown Weiss, "Environment and Trade . . .", *op. cit.*, p. 728. Para una opinión en contra véase A. Caparros, *Algunos Aspectos de la Relación entre el Comercio y el Medio Ambiente*, (DT 9703) Madrid: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales Universidad Complutense de Madrid, 1997, pp. 5-19.

³³ Véase *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. . .*, *op. cit.*, pp. 13-20; Punto 45 del *Plan de Implementación de Johannesburgo de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible*, del 4 de Septiembre de 2002. ONU Doc. A/CONF.199/20*.

³⁴ En los últimos años los países menos desarrollados han intensificado el deterioro y la explotación excesiva del medio ambiente al buscarse nuevas exportaciones en su lucha desesperada por generar ingresos que les permitan hacer frente a las demandas de su creciente población y realizar los pagos de las enormes deudas externas que los caracterizan. Por su parte, los economistas sostienen que a menos que las naciones comercien no se pueden desarrollar. A menos que las naciones se desarrollen económicamente no pueden proteger el medio ambiente, limpiar los daños ambientales y hacer uso eficiente de sus recursos. Véase "The Question Rio Forgets", *The Economist*, may 30, 1992, p. 11.

³⁵ R. Brand, "Sustaining the Development of International Trade and Environmental Law", *Vermont Law Review*, Vol. 21, Spring 1997, p. 838. Véase también J. Jackson, "World Trade Rules and Environmental. . .", *op. cit.*, p. 1228. El comercio de forma indirecta también puede favorecer la protección del medio ambiente. Las multinacionales pueden elevar los estándares ambientales de los países destino de sus inversiones, llevando las prácticas y tecnologías ambientales comunes en los países desarrollados de donde proceden. Véase "The World's View of Multinationals", *The Economist*, January 29, 2000, p. 19. Adicionalmente, se ha asegurado que el libre comercio tiende a eliminar las subvenciones, incluidas entre éstas las calificadas de *perverse*, que estimulan actividades económicas poco ecológicas. Véase N. Myers y J. Kent, *Perverse Subsidies: Tax and Undercutting Our Economics and Environments Alike*, Winnipeg: International Institute of Sustained Development, 1998.

comparativas que dan sentido al comercio internacional³⁶. En este contexto las restricciones comerciales adoptadas con fines ambientales son percibidas como una limitación indebida de su poder de competencia.

Ahora bien, resulta interesante observar que, en el mismo año en que fue resuelto el asunto *Atún-Delfines I*, los protagonistas de la diferencia México y Estados Unidos junto con Canadá iniciaron formalmente las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en cuya conclusión la relación *comercio-medio ambiente* fue determinante. El desarrollo de estos temas, aunque fuera del marco del GATT, aportaron nuevos elementos al debate. México en comparación con Estados Unidos y Canadá tenía una legislación ambiental mucho menos exigente. En consecuencia, los sindicatos y organizaciones ecológicas de los Estados Unidos se resistían a la firma del TLCAN pues temían, por un lado, que sus industrias se trasladaran a México para reducir costes de producción y, por otro lado, que se diera un fenómeno de desregulación ambiental en cascada (“*race to the bottom*”), en donde todos los países buscarán reducir todo lo posible la exigencia de sus normas ambientales para ganar competitividad creando lo que algunos califican de “paraísos de la contaminación”³⁷. Aseguraban que para evitar este tipo de competencia desleal era necesario “nivelar el campo de juego” (“*Level the Playing Field*”); es decir, imponer una carga adicional al producto importado que compense el gasto que los productores domésticos tienen derivados de la regulación medio ambiental³⁸. Los temores

³⁶ C. Pearson, “El nexa entre el comercio internacional . . .”, *op. cit.*, p. 47.

³⁷ V. Rojas, *La Protección del Medio Ambiente en el TLCAN y la OMC*, México: Oxford University Press, 2000, p. 31; E. Brown Weiss, “Environment and Trade as Partners. . .”, *op. cit.*, p. 729; R. Brand, “Sustaining the Development . . .”, *op. cit.*, p. 838.

³⁸ El Sistema Multilateral de Comercio prevé ciertos casos en los que se pueden aplicar medidas como *antidumping* y las cuotas compensatorias, sin embargo, es dudoso que el uso de estas medidas pueda encontrar justificación en el deseo de *nivelar el campo de juego* entre países con diferentes estándares de protección ambiental. Principalmente porque no caen en la categoría del *dumping* y sólo rara vez dentro de la categoría de las subvenciones. R. Hudec, “Differences in National Environmental Standards: the Level-Playing-Field dimension”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 5, Winter 1996, p. 15.

expresados son hasta cierto punto infundados pues, por un lado, los costes que conlleva el cumplimiento de las obligaciones ambientales es en la mayoría de los casos poco importante para las empresas en el momento de ubicar sus plantas productivas³⁹ y, por otro lado, no existe evidencia de que se estén apareciendo *paraísos de contaminación*⁴⁰. No obstante, las presiones de los sindicatos y grupos ambientalistas norteamericanos lograron la firma de un acuerdo paralelo al TLCAN sobre medio ambiente y otro sobre temas laborales y la inclusión de ciertas disposiciones que evitarían a los países firmantes sacar ventajas comerciales de la desregulación ambiental⁴¹.

Poco después, en un contexto de choque cultural entre los expertos comerciales y los partidarios del medio ambiente ocasionado por el informe en el asunto *Atún-Delfines I*, en 1992 tuvo lugar en Río la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en dónde una vez más se expresó una preferencia por las medidas comerciales multilaterales sobre las unilaterales.

C) UN VOTO MÁS A FAVOR DEL MULTILATERALISMO: LA CONFERENCIA DE RÍO

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río, algunos países intentaron aprovechar la oportunidad para establecer límites precisos a las medidas comerciales adoptadas unilateralmente por

³⁹ Con excepción de unos sectores como el de la minería y el de los productos químicos -que han de hacer frente a elevados costes ambientales-, cuando una empresa decide donde ubicar sus plantas productivas, el nivel de los estándares ambientales es uno de los últimos temas que se consideran. K. Kennedy, "Reforming U.S. Trade Policy to Protect the Global Environment: A Multilateral Approach", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 18, No. 1, 1994, p. 200; D. Balton, S. Charnovitz, P. Sands y T. Srinivasan, "New York Law School Center for International Law: Symposium on World Trade and the Environment", *New York Law School Journal of International Law and Comparative Law*, Vol. 19, No. 1, 1999, p. 182. En contra véase D. Esty, *El Reto Ambiental de la Organización Mundial de Comercio: Sugerencias para una Reconciliación*, Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2001, p. 221. El autor asegura que existe evidencia de la movilización de industrias a países con normas ambientales menos exigentes.

⁴⁰ J. Rugie, "Trade, Sustainability and Global Governance", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 27, No. 2, 2002, p. 299.

⁴¹ De conformidad con el artículo 1114, fracción 2, del TLCAN está prohibido renunciar o dejar de aplicar las normas ambientales o de la salud con el fin de ganar poder de competencia. Por su parte, el artículo 4 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN) obliga a los Estados parte a que su legislación ambiental refleje un alto estándar de protección y a mejorarlas regularmente.

razones ambientales. Sin embargo, esto no fue posible. Al final, la Declaración de Río, en su principio 12, refleja la división de opiniones entre la Comunidad internacional sobre la materia. El principio dispone, por un lado, que las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional y, por otro lado, establece una preferencia no obligatoria por las medidas comerciales basadas en el consenso internacional, respecto de las medidas unilaterales, para la protección del medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador⁴². En otras palabras, el principio no estableció otros límites que no existieran antes⁴³.

En realidad, no es difícil entender porqué las medidas basadas en el consenso internacional son preferidas a las unilaterales para el proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador. A diferencia de lo que sucede con las medidas adoptadas unilateralmente, las medidas multilaterales tienen a su favor la presunción de que los objetivos que persiguen son auténticamente ambientales. Esto permite dejar de lado la idea de que tras la restricción pueden subyacer motivaciones proteccionistas.

En cualquier caso, el consenso entre naciones no puede ser un requisito obligatorio del que dependa la adopción de medidas para la protección del medio ambiente, ya que en muchos casos, la opción multilateral no está disponible. A pesar de que los Estados comparten el deber cooperar para hacer frente a los problemas

⁴² Este principio textualmente dispone: “. . . Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional. . .”. *Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo*, de 14 de Junio de 1992. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁴³ En ese sentido es importante observar que el GATT de 1947 ya prohibía las medidas comerciales que discriminan arbitraria o injustificadamente y que constituyen una restricción encubierta al comercio internacional. Por otro lado, el principio 12 de la Declaración de Río no prohíbe el uso de las medidas comerciales unilaterales para proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador.

internacionales del medio ambiente no siempre se muestran dispuestos a colaborar⁴⁴. De modo que, cuando la acción basada en el consenso internacional no esta disponible para proteger el medio ambiente la disyuntiva no es multilateralismo o unilateralismo, sino unilateralismo o la inacción⁴⁵. La seriedad de los problemas ambientales que afectan a la Comunidad internacional como la pérdida de la biodiversidad, el agujero en la capa de ozono, el calentamiento global, la deforestación, la sobreexplotación de recursos naturales, entre otros, indican que la inacción no es una opción aceptable⁴⁶.

Por otra parte, en la Conferencia de Río la Comunidad internacional estuvo de acuerdo en que un sistema abierto de comercio es esencial para lograr el desarrollo sostenible y que las restricciones comerciales en algunos casos pueden ser necesarias para proteger el medio ambiente⁴⁷. Por lo tanto, podemos decir que para alcanzar el desarrollo sostenible la cuestión no es eliminar el comercio en nombre de la preservación del medio ambiente, ni sacrificar el medio ambiente para favorecer el comercio internacional, sino lograr el apoyo mutuo entre las políticas comerciales y

⁴⁴ El Principio 24 de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano* de 16 de junio de 1972 dispone: “Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados”. (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1). Otros instrumentos internacionales también consagran el deber de cooperación para la protección del medio ambiente, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2995(XXVII), 2996(XXVII) y 2997 (XXVII) de 15 de Diciembre de 1972; Principio 21. a) de la *Carta Mundial de la Naturaleza*. ONU. Doc. A/37/51 (1982); Principio 7 del *la Declaración de Río*. . . , *op. cit.*

⁴⁵ D. Bodansky, “What’s so Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, p. 339.

⁴⁶ Para un detallado análisis del estado actual del medio ambiente véase PNUMA, *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial* . . . , *op. cit.* Hay quien sostiene que, en vez de aplicar la coerción económica, los países desarrollados deberían inducir la cooperación de otros países a través de la concesión de incentivos como la ayuda financiera, liberación de deuda externa a cambio de inversiones para la protección del medio ambiente, concesión de prerrogativas comerciales, etc. Sin embargo, los incentivos económicos pueden producir un efecto contrario al deseado. Los países receptores podrán sentirse tentados a continuar con la degradación ambiental para mantener fluyendo el suministro de ayuda económica. H. Chang, “An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 83, No. 6, July 1995, pp. 2154-55.

⁴⁷ Véase *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo* . . . , *op. cit.*, pp. 16 y 17, párr. 2.19; P. Lallas, D. Esty y D. van Hoofstraten, “Environmental Protection and International Trade: Toward Mutually Supportive Rules and Policies”, *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 16, No. 2, 1992.

ambientales⁴⁸. El Programa 21, que contiene la guía de acción para procurar el desarrollo sostenible, indica que las políticas ambientales apoyarán los objetivos comerciales en la medida en que logren evitar la discriminación arbitraria e injustificada y las restricciones proteccionistas. Por su parte, el comercio apoyará a los objetivos ambientales si las normas que regulan el flujo de mercancías no son un obstáculo para las políticas ambientales no proteccionistas.⁴⁹

El régimen del comercio internacional, actualmente administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), hoy en día es el marco normativo de mayor influencia sobre las políticas comerciales a escala mundial⁵⁰. Por esta razón, alcanzar el desarrollo sostenible depende, al menos en el contexto que nos ocupa, de que la interpretación y aplicación de las normas del régimen del comercio internacional conduzcan al apoyo mutuo entre las políticas comerciales y ambientales.

III. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y SU RELACIÓN CON EL MEDIO AMBIENTE

La Ronda Uruguay de negociaciones multilaterales, que finalizó con la firma de los acuerdos de Marrakech el 1 de abril de 1994, produjo profundos cambios en el régimen del comercio internacional: después de cincuenta años de historia del GATT se estableció formalmente la OMC⁵¹. Las principales funciones encomendadas a la OMC

⁴⁸ Véase *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. . ., op. cit., pp. 16 y 17, párr. 2.19

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ La mayor parte de Estados de la Comunidad internacional –146 países– son miembros de la OMC. Entre otras cuestiones, la OMC tiene competencia para supervisar las políticas comerciales de sus miembros, incluidas aquellas que tienen fines de protección ambiental. WTO *en línea*: “Miembros y Observadores”, disponible en www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm.

⁵¹ *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, en vigor desde el 1º de enero de 1995 (*BOE*, 24 de enero de 1995, No. 20). En lo sucesivo Acuerdo por el que se establece la OMC. Existe abundante literatura sobre el funcionamiento de la OMC entre otras J. Jackson, *The World Trade Organization [Constitution and Jurisprudence]*, Great Britain: The Royal Institute of International Affairs, 1998; J. Jackson, *The World Trading System*, 2nd edition, London: The MIT Press, 1997; E. Petersmann, “The WTO Constitution and the Millennium Round”, en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague:

fueron administrar los acuerdos comerciales del SMC, servir de foro de negociaciones y supervisar las políticas comerciales de sus miembros⁵². Para ayudar a la OMC a cumplir con sus funciones se estableció un Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de orientación legalista, encargado de supervisar el cumplimiento de los acuerdos comerciales e implementar las normas y procedimientos para solucionar las controversias⁵³. En la Ronda Uruguay, entre otros acuerdos, se adoptaron un nuevo GATT que incorporaba al GATT de 1947⁵⁴, el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), un nuevo Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) que sustituiría al antiguo *Standards Code* y, un Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF)⁵⁵. Como podremos ver más adelante, cada uno de estos acuerdos, en mayor o menor grado, y siempre dependiendo de cómo sean interpretados por el OSD de la OMC, podrían ser vulnerados por la aplicación de una medida comercial en el contexto de un AMUMA.

En cuanto a su organigrama, el órgano de decisión de mayor jerarquía en la estructura de la OMC es la Conferencia Ministerial, compuesta de representantes de

Kluwer Law International, 2000, pp. 111-134; D. Steger, "The World Trade Organization: A New Constitution for the Trading System", en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*. . ., *op. cit.*, pp. 135-153; J. Pauwelyn, "The Transformation of World Trade", *Michigan Law Review*, Vol. 104, October 2005, pp. 1-65; J. O. McGinnis y M. L. Movsesian, "The World Trade Constitution", *Harvard Law Review*, Vol. 114, December 2000, pp. 512-604.

⁵² Véase artículo III, párrafos 1, 2, 3 y 4 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio. Véase también D. Steger, "The World Trade Organization. . .", *op. cit.*, p. 135.

⁵³ Cfr. *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*. Reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay*. . ., *op. cit.*, pp. 420-450. Para un estudio del OSD de la OMC véase K. Sarhan, "The ABCS of WTO Dispute Settlement", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 60, November 2005-January 2006, pp. 70-75; J. Hippler Bello, "The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More", *American Journal of International Law*, Vol. 90, July 1996, pp. 416-418; J. Jackson, "The WTO Dispute Settlement Understanding--Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations", *American Journal of International Law*, Vol. 91, January 1997, pp. 60-64; S. P. Croley y J. H. Jackson, "WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments", *American Journal of International Law*, Vol. 90, April 1996, pp. 193-213.

⁵⁴ El GATT de 1994 incorpora íntegramente las disposiciones del GATT de 1947, no obstante, son considerados instrumentos jurídicos distintos. Los textos del GATT de 1947 y de 1994 pueden consultarse, respectivamente, en *Los resultados de la Ronda Uruguay*. . ., *op. cit.*, pp. 503-583, pp. 22-25.

⁵⁵ El texto de los acuerdos anteriores puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay*. . ., *op. cit.*

todos los miembros, que se reúne por lo menos cada dos años⁵⁶. La Conferencia Ministerial tiene competencias para tomar decisiones sobre todos los asuntos relacionados a los acuerdos comerciales que administra, si así lo pidiera un miembro⁵⁷. En la escala de jerarquías siguen a la Conferencia Ministerial los Consejos formados para supervisar el funcionamiento de los Acuerdos comerciales⁵⁸. Estos Consejos funcionan bajo la orientación general del Consejo General, que está compuesto por representantes de todos los miembros⁵⁹.

Los Estados negociadores en la Ronda Uruguay, con el fin de reducir las presiones de los grupos ambientalistas, introdujeron en el régimen del comercio internacional cierta sensibilidad por las preocupaciones ambientales.

A) LAS PRIMERAS RESPUESTAS DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL A LA CRÍTICA DE LOS GRUPOS AMBIENTALISTAS

En la Ronda Uruguay los miembros decidieron incluir en el preámbulo del acuerdo constitutivo de la OMC, entre los distintos objetivos, la utilización óptima de los recursos, el desarrollo sostenible y la protección ambiental. No obstante, esto no impresionó a algunos grupos ambientalistas. Para éstos el compromiso de la OMC con el desarrollo sostenible es solamente teórico, ya que al haber sido incluido en el preámbulo del acuerdo y no en su articulado, no lo hace jurídicamente exigible.

⁵⁶ Desde la creación de la OMC han tenido lugar seis Conferencias Ministeriales: Singapur en diciembre de 1996, OMC Doc. WT/MIN(96)/16; Ginebra en mayo de 1998, OMC Doc. WT/MIN(98)/- WT/MIN(98)/INF/-; Seattle en noviembre/diciembre de 1998, OMC. Docs. WT/MIN(99)/- WT/MIN(99)/INF/-; Doha en noviembre de 2001, OMC. Docs. WT/MIN(01)/- WT/MIN(01)/INF/-; Cancún en septiembre de 2003, OMC. Docs. WT/MIN(03)/- WT/MIN(03)/INF/-; Hong Kong en diciembre de 2005, OMC Doc. WT/MIN(05)/DEC.

⁵⁷ Véase artículo IV.1 del Acuerdo por el que se establece la OMC. Sobre la toma de decisiones el acuerdo por el que se establece la OMC contiene complejas disposiciones con las que regula los aspectos formales. Básicamente, existen cinco técnicas para adoptar decisiones o para enmendar y formular nuevas normas en el SMC: decisiones sobre distintos asuntos, interpretaciones definitivas, exenciones (*waivers*), enmiendas formales, y por último, negociación de nuevos acuerdos.

⁵⁸ El Consejo del Comercio de Mercancías supervisa el funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Multilaterales del Anexo 1A. El Consejo del Comercio de Servicios supervisa el funcionamiento del AGCS. El Consejo de los ADPIC supervisa el funcionamiento del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁵⁹ Véase artículo IV.4 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

Adicionalmente, se observó que el acuerdo no establece ninguna obligación concreta para sus miembros relacionada al desarrollo sostenible⁶⁰. La OMC, por conducto del Órgano de Apelación, intentaría resaltar la importancia del preámbulo diciendo que éste refleja las intenciones de los negociadores de la OMC, por lo que todos los acuerdos del SMC deben ser interpretados tomándolo en cuenta⁶¹.

Los esfuerzos de los expertos comerciales por mostrar una mayor sensibilidad por las consideraciones ambientales no terminaron con la inclusión del objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del acuerdo por el que se establece la OMC. En Marrakech, la Conferencia Ministerial de la OMC decidió formar un Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) que vendría a sustituir al Grupo MACI.

B) EL COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE (CCMA)

El Comité de Comercio y Medio Ambiente, compuesto por todos los Miembros de la OMC y por observadores de algunas organizaciones intergubernamentales, fue creado con el objetivo de analizar la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover el desarrollo sostenible. La elaboración de recomendaciones oportunas sobre si son o no necesarias modificaciones a las disposiciones del sistema multilateral del comercio que ayuden alcanzar el desarrollo sostenible fue también parte del mandato otorgado al CCMA⁶². En cualquier caso,

⁶⁰ IISD *en línea*, "Seattle and Sustained Development", disponible en: www.iisd.org.

⁶¹ Véase informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*. OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párrs. 152 y 153.

⁶² Véase *Decisión sobre comercio y medio ambiente* aprobada por el Comité de Negociaciones Comerciales de la Ronda Uruguay, adoptada en Marrakech el 14 de abril de 1994. El acuerdo por el que se establece la OMC permite a la Conferencia Ministerial la creación de algunos comités que sirvan como órganos subsidiarios de los Consejos o para hacer frente a necesidades específicas (art. IV. 7). Obviamente en la escala de jerarquía de la OMC los Comités están por debajo de los Consejos.

conviene observar que el CCMA asegura que no es un organismo de protección del medio ambiente y que no tiene la intención de serlo⁶³.

El Comité tradujo su amplio mandato en una agenda compuesta de 10 puntos de trabajo. Los puntos 1 y 5 se refieren a: "La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA); y la relación entre los mecanismos de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio y los previstos en los AMUMA". También se ha de observar que gran parte del debate sobre la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los ADPIC tuvo lugar bajo el punto 8 del programa de trabajo del CCMA (sobre "las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC").⁶⁴

En el estudio del punto 1 el CCMA ha observado que las normas del régimen del comercio internacional y las medidas comerciales de los AMUMA no son siempre compatibles lo que puede dar lugar a un conflicto entre dichos regímenes. La razón es muy sencilla: salvo algunas excepciones, los acuerdos comerciales prohíben las restricciones comerciales, y los AMUMA que prevén medidas comerciales requieren de su aplicación para ser efectivos. Ahora bien, en su informe presentado en la Conferencia Ministerial de Singapur el CCMA sostuvo que diversas disposiciones de la OMC pueden amparar el recurso a las medidas relacionadas con el comercio que se precisen para fines ambientales, incluidas las medidas adoptadas en aplicación de los AMUMA. En su opinión, pueden tener cabida en el ámbito definido por los criterios pertinentes de

⁶³ En los debates previos a su creación se sostuvo en diversas ocasiones que el CCMA sólo tendría competencias para conocer de cuestiones comerciales y que su labor no era la de defender el medio ambiente.

⁶⁴ Una lista completa de los documentos en los que consta la labor del CCMA en relación a su programa de trabajo se puede consultar en *Lista de documentos del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) en sesión extraordinaria*. OMC Doc. TN/TE/INF/4/Rev.7 del 4 de octubre de 2005.

las disposiciones sobre excepciones generales del artículo XX del GATT y, por lo tanto, difirieron de las opiniones de algunos países miembros en cuanto a si bajo este punto del programa de trabajo se requieren algunas modificaciones de las disposiciones del sistema multilateral del comercio. No obstante, añadió que esta cuestión debería mantenerse en examen⁶⁵.

En cuanto al posible conflicto entre los mecanismos de solución de diferencias de los AMUMA y el de la OMC, tema analizado en el punto 5 de su agenda de trabajo, el CCMA observó que algunos miembros de la OMC han expresado su temor de que las diferencias que surjan por la aplicación de medidas comerciales previstas en los AMUMA sean sometidas al mecanismo de solución de diferencias de la OMC. En efecto, hemos mencionado ya que para cumplir con su función la OMC cuenta con un Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de orientación legalista para supervisar el cumplimiento de los acuerdos e implementar las normas y procedimientos para solucionar las controversias. Los países miembros han consentido *ex ante* la competencia del OSD de la OMC para conocer de las diferencias relacionadas a los acuerdos comerciales del SMC⁶⁶. De esta manera, siempre que los acuerdos comerciales se puedan ver afectados –aunque sea por una política ambiental– los miembros de la OMC podrán iniciar un procedimiento ante el OSD. Por otro lado, las normas internacionales de protección del medio ambiente han surgido de forma descentralizada⁶⁷, los tratados internacionales del medio ambiente cuentan con diferentes números de partes, regulan cuestiones muy diversas (desde la biodiversidad hasta la protección atmosférica), y no cuentan con una institución como la OMC que

⁶⁵ Véase el *Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente* a la Conferencia Ministerial de Singapur. OMC Doc. WT/CTE/1, párrs. 174 ii) y 176.

⁶⁶ Véase artículos I y II del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

⁶⁷ F. Paolillo, “Fuentes y Evolución del Derecho internacional del Medio Ambiente”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. II, 1998, p. 362.

coordine, vigile e implemente los más de mil tratados que directa o indirectamente protegen al medio ambiente. Además, la naturaleza de las obligaciones derivadas de un tratado internacional del medio ambiente hace que en la solución de diferencias se adopte una posición menos contenciosa que en el SMC. Por lo general, invitará a las consultas, negociación, seguidas de arbitraje y sólo si las partes están de acuerdo las diferencias serán sometidas a un tribunal internacional⁶⁸. En otras palabras, un Estado que quiere hacer cumplir una norma de Derecho internacional del medio ambiente no tiene, en la mayoría de los casos, órganos internacionales de solución de diferencias de competencia obligatoria.⁶⁹

El CCMA es de la opinión que las diferencias que surjan entre dos Estados parte en un AMUMA y que sean a la vez miembros de la OMC es probable que sean sometidas a los mecanismos de solución de diferencia de los AMUMA. Además, ha dicho que los posibles conflictos entre el régimen del comercio internacional y los AMUMA no deberían exagerarse ya que de los aproximadamente 200 AMUMA en vigor, sólo unos 20 contienen medidas comerciales. Sin embargo, es importante decir, que, aunque los AMUMA con medidas comerciales no sean los más numerosos, no se puede minimizar su importancia, ya que muchos de ellos intentan frenar los principales problemas ambientales internacionales: el deterioro de la capa de ozono, el sobre calentamiento global, la pérdida de flora y fauna silvestres, entre otros. Adicionalmente, aunque hasta la fecha en el marco de la OMC no ha sido resuelta ninguna diferencia sobre la aplicación de medidas comerciales en el contexto de un AMUMA, es

⁶⁸ E. Brown Weiss y J. Jackson, "Framework for Environment and Trade. . .", *op. cit.*, pp. 11-13 y 20-21. Las Instituciones internacionales con competencia en materia ambiental que existen, como el PNUMA o la Comisión para el Desarrollo Sostenible, son débiles y sus competencias limitadas como para servir de base a las relaciones internacionales sobre medio ambiente.

⁶⁹ L. Sánchez de Munián, *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del Medio Ambiente [Aspectos Jurídicos]*, Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2000, p. 31.

importante decir que en una ocasión ya se intentó, aunque las partes llegaron a un acuerdo antes de que lograra establecerse el Grupo Especial⁷⁰.

En cualquier caso, el CCMA considera que las disposiciones de la OMC relativas a la solución de diferencias son suficientes para solucionar cualquier problema que pueda plantearse en este ámbito, incluso cuando sea necesario recurrir a especialistas en medio ambiente⁷¹. Adicionalmente, considera que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y los principios consuetudinarios de Derecho internacional de *lex specialis* y *lex posterior* pueden definir como interactúan las normas de la OMC y los AMUMA. No obstante, ha reconocido que algunos miembros consideran que es necesario aportar mayor claridad a la cuestión.

La posibilidad de que la OMC sea el foro que conozca de las diferencias entre estos campos ha generado críticas por parte de activistas ambientales. Se ha dicho que los intereses ambientales se verían afectados ya que existe la tendencia a dar prioridad a los intereses comerciales en perjuicio de los ambientales al estar el órgano de solución de diferencias de la OMC compuesto de especialistas en comercio internacional⁷². También se ha criticado la falta de apertura al público de los procesos del GATT, que niegan el acceso a los grupos sociales u Organizaciones no gubernamentales (ONG)⁷³.

⁷⁰ La Comunidad Europea, actuando en favor de España, sostuvo que sus flotas pesqueras que operan en el Océano Pacífico, por virtud de una legislación chilena, no podían realizar desembarcos de pez espada en los puertos chilenos. La CE consideró que en consecuencia Chile hacía imposible el tránsito de pez espada a través de sus puertos. Por tal motivo, el 12 de diciembre del 2000 solicitó el establecimiento de un Grupo Especial de la OMC por la supuesta violación de los artículos V y XI del GATT. Chile por su parte solicitó, *inter alia*, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar que se pronunciara sobre si la CE estaba cumpliendo sus obligaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar derivadas del artículo 64 (que pide la cooperación para la protección de especies altamente migratorias), 116-119 (relativos a la conservación de recursos marinos vivos que habitan en alta mar), 297 (relativo a la solución de diferencias) y 300 (sobre la buena fe y el abuso de derecho). En marzo de 2001, la CE y Chile acordaron suspender la constitución del Grupo Especial en la OMC (Reiterando el acuerdo en noviembre de 2003). En el mismo mes, las partes informaron al Tribunal Internacional del Derecho del Mar que habían llegado a un acuerdo provisional solicitando la suspensión del procedimiento. Recientemente, en enero de 2004, esta suspensión ha sido reiterada y prorrogada por dos años.

⁷¹ Véase el *Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente* a la Conferencia Ministerial de Singapur. OMC Doc. WT/CTE/1, párrs. 178 y 179.

⁷² D. Balton, S. Charnovitz, P. Sands y T. Srinivasan, "New York Law . . .", *op. cit.*, p. 176.

⁷³ J. Jackson, "Greening the GATT . . .", *op. cit.*, p. 42.

La OMC, en respuesta a la crítica de falta de apertura, ha desclasificado una parte importante de sus documentos, aunque existen aún problemas y muchos documentos no son publicados hasta 6 meses después de su adopción. Además, los alegatos son clasificados y aunque en alguna diferencia se han considerado los escritos de ONGs no solicitados, no hay obligación de tomarlos en cuenta para el órgano de solución de diferencias⁷⁴. Resulta interesante observar que, en todos los casos que hasta ahora se han resuelto en la OMC, ninguna política de protección ambiental hecha efectiva a través de medidas comerciales ha sido considerada congruente con el GATT⁷⁵.

En cuanto al punto 8 sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio el CCMA ha observado que es posible que existan conflictos con el Convenio sobre la protección de diversidad biológica. Las discusiones sobre estos temas aún siguen y se prevé más trabajo en el futuro sobre estos puntos. En capítulos posteriores de este estudio analizaremos los posibles conflictos entre estos acuerdos.

Por último, conviene decir que el CCMA no ha profundizado en el estudio de la importancia de las medidas comerciales unilaterales aplicadas para proteger el medio ambiente. Basándose en la preferencia por las medidas multilaterales expresada en el asunto *Atún-Delfines I* y en el principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, sus análisis han estado centrados en buscar, hasta ahora sin éxito, acomodo en el marco de la OMC a este tipo específico de medidas⁷⁶. En cualquier caso, a pesar de que las expectativas iniciales fueron altas, la confianza en el CCMA ha

⁷⁴ Véase informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*. . ., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁷⁵ Sólo una medida sanitaria ha logrado satisfacer las restrictivas interpretaciones que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación hacen del artículo XX incisos b) y g). Véase el informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R, de fecha 12 de marzo de 2001.

⁷⁶ Véase los informes del Comité de Comercio y Medio Ambiente, WT/CTE/1 de fecha 12 de noviembre de 1996, WT/CTE/2 de fecha 26 de noviembre de 1997, WT/CTE/3 de fecha 30 de octubre de 1998, WT/CTE/4 de fecha 14 de octubre de 1999, WT/CTE/5 de fecha 30 de octubre de 2000, WT/CTE/6 de fecha 5 de octubre de 2001, WT/CTE/7 de fecha 16 de octubre de 2002.

disminuido porque no ha realizado ninguna propuesta de enmienda al Acuerdo General que ayude a que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente⁷⁷.

C) LOS ESFUERZOS ACTUALES PARA ABORDAR LOS CONFLICTOS ENTRE EL RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: LA RONDA DEL DESARROLLO

La Declaración Ministerial de Doha contiene la agenda de trabajo en la que actualmente los miembros de la OMC están trabajando. La que es conocida como *Ronda del Desarrollo* -por los objetivos que persigue- por primera vez en la historia del régimen del comercio internacional incluye en el núcleo duro de un programa de trabajo temas ambientales⁷⁸. Las negociaciones tienen lugar dentro de un comité establecido para tal efecto y que se denomina Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria (CCMASE)⁷⁹.

Con el objetivo de potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente, la Declaración de Doha, en su párrafo 31, 1, i), conviene celebrar negociaciones sobre la relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA. El ámbito de las negociaciones está limitado a la aplicabilidad de esas normas vigentes de la OMC entre las partes en el AMUMA de que se trate⁸⁰. En consecuencia, los temas que previsiblemente pueden ocasionar mayores conflictos entre los AMUMA y el régimen del comercio internacional no son abordados⁸¹. Ya que los posibles conflictos que surjan por la aplicación de medidas no específicas o autorizadas, o aquellas que son recomendadas por los órganos de gestión

⁷⁷ S. Charnovitz, "Critical Guide to the WTO's Report on Trade and Environment", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, Spring 1997, p. 342.

⁷⁸ Véase párrafo 31, (i) de la *Declaración Ministerial de Doha*, 9-14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 20 de noviembre de 2001.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 31, 1, i).

⁸¹ CIEL, Friends of the Earth US y otros, *Collective Comments: On Doha Declaration*, October 25/2002, p. 17. Disponible línea en http://www.ciel.org/Publications/Doha_Comments_25Oct02.pdf.

de los AMUMA o aplicados a los Estados que son Miembros de la OMC pero que no son parte en los AMUMA quedan fuera del mandato de Doha⁸².

En su párrafo 31, 1, ii), la Declaración de Doha también ordena analizar los procedimientos para el intercambio regular de información entre las secretarías de los AMUMA y los Comités pertinentes de la OMC, y los criterios para conceder la condición de observador; y en su párrafo 31, 1, iii), solicita el estudio de la posible reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios a los bienes y servicios ecológicos. Por su parte, en el párrafo 32, la Declaración recomienda al CCMA proseguir la labor de su agenda de trabajo y que preste particular atención, entre otros puntos, a las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC. La labor sobre estas cuestiones busca determinar si hay necesidad de aclarar las normas pertinentes de la OMC o, según proceda, la conveniencia de celebrar negociaciones sobre estos temas. Los Ministros en la Declaración de Doha también dejaron en claro que las negociaciones llevadas a cabo de conformidad con los apartados i) y ii) del párrafo 31, serán compatibles con el carácter abierto y no discriminatorio del sistema multilateral de comercio, no aumentarán ni disminuirán los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los Acuerdos vigentes de la OMC, en particular el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, ni alterarán el equilibrio de estos derechos y obligaciones, y tendrán en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados.

Ahora bien, a pesar de que el mandato de Doha es limitado, las negociaciones no han resultado sencillas. Las diferencias de opinión entre los países del Norte y del Sur sobre los temas del mandato en general han dificultado seriamente la adopción de

⁸² Resulta interesante observar que el CCMA ha reconocido que es menos probable que surjan controversias por la aplicación de medidas comerciales entre Estados parte en los AMUMA y que al mismo tiempo son miembros de la OMC. Véase el *Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente* a la Conferencia Ministerial de Singapur. OMC Doc. WT/CTE/1, parr. 174 v).

compromisos, e incluso, en ciertos momentos, han generado incertidumbre sobre el futuro de la Ronda del Desarrollo⁸³.

Por último, conviene enfatizar que, aunque existe una marcada preferencia por las medidas comerciales multilaterales sobre la unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales internacionales, en la práctica, no existe una regulación particular para unas u otras en el régimen del comercio internacional. En otras palabras, las normas de la OMC se aplican de la misma forma a las medidas comerciales de protección ambiental independientemente de que tengan carácter unilateral o multilateral.

⁸³ No obstante, durante una reunión informal de los Jefes de Delegación celebrada el 14 de octubre de 2003, el Presidente del Consejo General, Sr. Carlos Pérez del Castillo, y el Director General, Sr. Supachai Panitchpakdi, declararon que sus consultas demuestran que los miembros están dispuestos a volver a trabajar en consonancia con el mandato convenido por los Ministros en Cancún. Declaraciones del Presidente del Consejo General y el Director General. *Noticias OMC on line* –visitada en octubre de 2003- disponible en http://www.wto.org/spanish/news_s/news03_s/stat_gc_dg_14oct03_s.htm (de momento sólo en inglés).

SEGUNDA PARTE

LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE LOS ACUERDOS QUE INTEGRAN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO

La aplicación de una medida comercial no implica para los Estados parte en un Acuerdo Multilateral sobre el Medio Ambiente (AMUMA) la violación de ninguna norma de Derecho internacional público, ya que éste reconoce como una facultad soberana de cada país la libre determinación de sus políticas comerciales. Sin embargo, la mayor parte de los Estados que componen la comunidad internacional han consentido vincularse al régimen del comercio internacional, que impone ciertos límites a su libertad para adoptar medidas comerciales recibiendo a cambio el derecho de entrada para sus productos y servicios a los mercados internos de otros Estados parte del sistema¹. Por lo tanto, con frecuencia las partes contratantes en los AMUMA de incidencia comercial se encuentran obligadas a respetar, no sólo las obligaciones ambientales establecidas tales acuerdos, sino también los acuerdos comerciales de los que actualmente se compone el Sistema Multilateral del Comercio (SMC) que, con algunas limitadas excepciones, perciben a las restricciones comerciales como un obstáculo para alcanzar sus objetivos.

Esta segunda parte de la investigación está dedicada a describir las normas fundamentales de los acuerdos comerciales que integran el SMC como la prohibición a la aplicación de restricciones cuantitativas (capítulo IV) y los principios de no-discriminación (capítulo V), así como aquellas excepciones que potencialmente permitirían justificar una medida comercial aplicada por un miembro de la OMC para lograr los objetivos de un AMUMA (capítulo VI).

¹ J. Cardona Llorens, “Límites al libre comercio: el medio ambiente”, en: F. Esteve García (coord.), *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*, Girona: Universitat de Girona, 2001, pp. 95

Capítulo IV

LAS NORMAS BASICAS SOBRE EL USO DE RESTRICCIONES CUANTITATIVAS EN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO

La grave situación económica que se vivía en gran parte del mundo antes de la segunda guerra mundial se debió, al menos en parte, al proteccionismo comercial practicado por los diferentes Estados. En el periodo de entre guerras, las restricciones cuantitativas fueron uno de los instrumentos de protección más utilizados por los Estados, hasta el punto de ser consideradas instrumentos normales de la política comercial¹. En consecuencia, la prohibición al uso de las restricciones cuantitativas se convirtió en uno de los principios básicos del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)². Posteriormente, con la formación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), este principio también sería incorporado en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS)³.

El objetivo de este capítulo es analizar la forma en que el Sistema Multilateral del Comercio (SMC) regula el uso de las restricciones cuantitativas al comercio tanto de productos como de servicios. Para tal efecto, este capítulo se divide en dos epígrafes. En el primero se analiza, en este orden, el concepto de restricciones cuantitativas al comercio de productos, la obligación básica del artículo XI del GATT y algunas de las excepciones específicas que pueden ser relevantes para la protección del medio ambiente. El segundo epígrafe está dedicado al estudio de las restricciones cuantitativas al comercio de servicios. Sin embargo, dado que existen importantes diferencias entre el comercio de productos y servicios, antes de examinar la manera en

¹ Véase A. M. Ávila, J. A. Castillo y M. A. Díaz, *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*, Madrid: Editorial Tecnos, 1994, pp. 47 y 56.

² El texto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio -en lo sucesivo el GATT- de puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25 y pp. 503-583.

³ El texto del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios -en lo sucesivo AGCS- puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay. . . , op. cit.*, pp. 341-380.

que el AGCS regula el uso de las restricciones cuantitativas es necesario analizar algunos problemas conceptuales sobre el comercio de servicios, así como también apuntar algunas particularidades de las restricciones cuantitativas en este sector.

I. LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS AL COMERCIO DE PRODUCTOS

A) CONCEPTO

Las restricciones cuantitativas, también conocidas como “cuotas o contingentes”, son decretos gubernamentales que limitan durante un periodo de tiempo determinado (normalmente por años) la cantidad de productos (o valor) que pueden ser importados o exportados⁴. Así, las cuotas se diferencian de los aranceles⁵ en que establecen límites a las cantidades de mercancías que pueden ser importadas, mientras que el arancel fija un impuesto a tales productos⁶. Normalmente, los contingentes de importación tienden a ser administrados con base en un sistema de licencias. Los gobiernos emiten licencias de importación por el equivalente de la cuota establecida y, una vez cubierta ésta, no conceden ninguna más. De esta manera, se evita a los productores extranjeros hacer el desplazamiento de mercancía que no

⁴ J. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Charlottesville, Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1969, p. 305.

⁵ Los aranceles son los impuestos aplicados a las importaciones. Un arancel *ad valorem* es un impuesto cuyo monto se determina con base en los precios de los productos importados. *A Dictionary of Economics*, Second Edition, Oxford University Press, 2002. Las concesiones arancelarias son la obligación central del GATT y consisten en un compromiso de las partes contratantes de no aplicar a un producto en particular un arancel más elevado que el estipulado en lo que se denomina Lista de Concesiones. Por ejemplo, un País “A” puede establecer en su Lista de Concesiones que un producto “B” le será aplicado un arancel del 15% de su valor (*ad valorem*). Es también posible que el arancel sea “específico”; por ejemplo, 5 centavos por kilo, metro o litro de un determinado producto. Más aún, puede suceder que un producto esté sujeto a una combinación de ambos tipos de aranceles; por ejemplo, 10 centavos por kilo y 3% *ad valorem*. Por último, los productos pueden estar sujetos a un “contingente arancelario”; este sería el caso de que se permite la entrada de una determinada cantidad producto a un arancel del 2% de su valor y el excedente a un arancel menor o mayor. J. Jackson, *World Trade . . .*, *op. cit.*, pp. 201-202.

⁶ La cantidad de productos importados sujetos a arancel se determina con base en las leyes del mercado (oferta y demanda) J. C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid: Civitas, 2001, p. 48.

podrá entrar al mercado del país importador por estar cubierta la cuota de importaciones.

J. Jackson señala que tradicionalmente los gobiernos han tendido a aplicar restricciones cuantitativas para lograr básicamente dos objetivos. El primero, y más obvio, es el de la protección de la industria doméstica. Si las exportaciones de materia prima utilizada por la industria doméstica están prohibidas o limitadas, se produce un efecto en el precio y disponibilidad de ese material que puede dar a la industria nacional una ventaja comparativa frente a los productores extranjeros. Por ejemplo, si las exportaciones de madera y productos de árboles están limitadas en el ámbito nacional, esto tendrá el efecto de aumentar la disponibilidad (oferta) de la materia en el mercado doméstico, en donde se venderá a un menor precio del que hubiera tenido en un mercado mundial abierto beneficiando a las industrias nacionales. Algunas de estas industrias podrían a su vez estar vendiendo en el mercado mundial y la ventaja comparativa del material más barato les permitiría vender a las industrias extranjeras. El segundo objetivo que los gobiernos persiguen al aplicar este tipo de controles de exportación es la seguridad nacional. El deseo de conservar los recursos nacionales que podrían ser necesarios en el caso de alguna emergencia, y el deseo de impedir que potenciales enemigos obtengan recursos importantes o “*know how*” motivan también a algunos gobiernos a limitar el comercio con otros Estados.⁷

Durante los años previos a la firma del GATT de 1947 los contingentes fueron uno de los medios de restricción comercial más utilizados, por esta razón el Acuerdo General incluyó como una de sus obligaciones básicas la prohibición al uso de restricciones cuantitativas⁸.

⁷ J. Jackson, *World Trade . . . , op. cit.*, p. 498.

⁸ R. Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2nd Edition, United States of America: Butterworth Legal Publishers, 1990, p. 9. Diciendo: “. . . nontariff restrictions that had become

B) LA OBLIGACIÓN BÁSICA EN CONTRA DEL USO DE LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS EN EL COMERCIO DE MERCANCÍAS

Durante las negociaciones del GATT de 1947 la forma de regular el uso de las restricciones cuantitativas fue uno de los temas más debatidos⁹. Por un lado, algunos países, particularmente los Estados Unidos, deseaban su prohibición. Entre los aspectos negativos se señalaba que a diferencia de lo que sucede con los aranceles, en donde un trato no discriminatorio está asegurado, los sistemas de cuotas casi inevitablemente darán lugar a la discriminación. Por otro lado, algunos países como la India y Francia, deseaban que se permitiera la aplicación de cuotas al menos en determinados casos. Con la mente en la tarea de reconstrucción de su economía tras la guerra, Francia consideraba a las cuotas como instrumentos útiles para asegurar el equilibrio de la balanza de pagos. Para la India las cuotas eran consideradas necesarias para proteger a sus industrias nacientes. El resultado de las negociaciones entre estas dos visiones contradictorias fue el “*London Compromise*” que contenía los proyectos de artículos, que con mínimos cambios, regularían en el GATT el uso de las restricciones cuantitativas y sus excepciones.¹⁰

1. *La eliminación general de las restricciones cuantitativas*

El uso de las restricciones cuantitativas está regulado principal, aunque no únicamente, por el artículo XI del GATT en cuyo título se lee: “Eliminación general de las restricciones cuantitativas”¹¹. Esta disposición prohíbe las restricciones o

the conspicuous evil of interwar trade policy. . .”. Véase también A. M. Ávila, J. A. Castillo y M. A. Díaz, *Regulación del comercio internacional . . .*, op. cit., pp. 47 y 56.

⁹ J. Jackson ha escrito: “. . .The longest and the most difficult part of the preparatory negotiations leading to GATT was the drafting of the four articles relating to quota obligations and this articles are the longest, most detailed set of governing rules for any single subject contained in GATT. . .”. J. Jackson, *World Trade . . .*, op. cit., p. 307.

¹⁰ *Ibid.*, p. 311.

¹¹ Los artículos XII, XIII y XIV del GATT también son aplicables a las restricciones cuantitativas, aunque establecen ciertas excepciones a la prohibición general del artículo XI.

prohibiciones a la importación o a la exportación y sólo permite los derechos de aduana, impuestos u otras cargas. Las restricciones de este artículo incluyen los contingentes, licencias de importación o exportación y otras medidas. El párrafo 1 del artículo XI del GATT textualmente dispone:

“1. Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.”.

Aunque la referencia a las “restricciones cuantitativas” que aparece en el encabezado del artículo XI parece limitar su aplicación a las “cuotas”, el lenguaje utilizado en su primer párrafo indica que su ámbito material es más amplio: comprende todas las medidas no arancelarias que restrinjan o prohíban la importación o exportación de un producto¹². En efecto, la mención a “otras medidas” ha recibido una interpretación amplia por parte de los Grupos Especiales del GATT, que han sostenido que el artículo XI no hace referencia a leyes o reglamentos como otras normas del Acuerdo General, sino en un sentido más amplio, se refiere a todas las medidas que restringieran la exportación o la venta para la exportación de un producto¹³. En suma, para que una medida quede comprendida dentro del artículo XI debe cumplir dos condiciones: a) la medida debe ser una restricción; b) la medida debe recaer sobre la importación o exportación de un producto.¹⁴

¹² F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, United States and Canada: Hart Publishing, 2003, p.75.

¹³ El Grupo Especial que estudió el asunto *Japón - Comercio de semiconductores* observó que la redacción del párrafo 1 del artículo XI era de vasto alcance y se aplicaba "a todas las medidas impuestas o mantenidas por [un Miembro] que prohibieran o restringieran la importación, la exportación o la venta para la exportación de un producto, exceptuadas las que revistieran la forma de derechos de aduana, impuesto u otras cargas. GATT Doc. L/6309 BISD 35S/130, adoptado el 4 de mayo de 1988, párr. 104.

¹⁴ F. Ortino llega a una conclusión similar con la diferencia de que en el segundo requerimiento sólo contempla a las medidas que afectan a la importación y sin entrar a analizar a las medidas que afectan a la exportación. F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation . . .*, op. cit., p.75.

Los Grupos Especiales del GATT/OMC han realizado una interpretación amplia del término “restricción” que comprende tanto una limitación de la acción, como una condición o reglamentación limitativas¹⁵. Obviamente las prohibiciones a la importación o exportación son la manifestación más extrema de lo que debe entenderse por una restricción pues su efecto limitativo es total. Adicionalmente, como ya hemos mencionado, los Grupos Especiales del GATT/OMC han centrado su atención, en el momento de juzgar la posible violación del artículo XI de una medida, en los efectos restrictivos en la importación o exportación de un producto. En otras palabras, la mera existencia de un sistema de licencias no implica una violación del artículo XI, para ello sería necesario que el sistema tuviera un efecto restrictivo sobre las importaciones o exportaciones¹⁶. Más aún, para que se dé una violación del artículo XI no es necesario que la medida haya consumado sus efectos restrictivos, basta con demostrar que la medida *potencialmente* pueda ejercer de limitación al comercio¹⁷. Esto queda demostrado por el hecho de que las prohibiciones a la importación, que equivalen a restricciones cuantitativas igual a cero, son consideradas en sí mismas contrarias al artículo XI¹⁸.

Además de tener potenciales efectos limitativos en el comercio, para que una medida quede comprendida dentro del ámbito normativo del artículo XI es necesario

¹⁵ Véase informe del Grupo Especial que estudió el asunto *India - Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales*. OMC. Doc. WT/DS90/R, 6 de abril de 1999, adoptado el 22 de septiembre de 1999, párr 5.128.

¹⁶ Véase, por ejemplo, el Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas*. GATT Doc. L/4687 BISD 25S/75, del 4 de octubre de 1978, adoptado el 18 de octubre de 1978, párr. 4.1. En este asunto el Grupo Especial consideró que el sistema de licencias aplicado por la Comunidad Europea no era en sí mismo contrario al artículo XI:1 del GATT. No obstante, otros aspectos del sistema licencias fueron interpretados como contrarios a las obligaciones del Acuerdo General. Para tres asuntos en que los sistemas de licencias fueron considerados contrarios al artículo XI:1 véase informe del Grupo Especial en el caso *Japón – Comercio de semiconductores*. . . , *op. cit.*, párr. 118; informe del Grupo Especial en el caso *Tailandia- Restricciones a la importación de cigarrillos e impuesto internos sobre cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R-37S/222, 5 de octubre de 1990, párr. 67; Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *India - Restricciones cuantitativas* . . . , *op. cit.*, párrs. 5.134-5.136.

¹⁷ F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation* . . . , *op. cit.*, p.77.

¹⁸ *Idem*.

que afecte a la importación o exportación de mercancías. El problema es que en ocasiones, aunque una medida restrictiva afecte a la importación, la aplicabilidad del artículo XI es puesta en duda. Esto se debe a que el ámbito de aplicación del artículo III del GATT se confunde, en algunos aspectos, con el del artículo XI.

2. *Las limitaciones al ámbito material de aplicación del artículo XI*

El artículo III se aplica a las leyes o reglamentos internos, impuestos interiores u otras cargas que *afectan* a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de los productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas¹⁹. Así, existe la posibilidad de que algunas medidas que en principio deberían quedar comprendidas en el artículo XI, como las cuotas de importación, pueden tener afectar la venta de un producto y, por lo tanto, quedar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo III. Del mismo modo, algunas medidas internas pueden tener efectos restrictivos en la importación y, por lo tanto, quedar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo XI. F. Ortino lo expresa de forma muy clara cuando escribe: “Ambos artículos podrían fácilmente ser interpretados de tal forma que abarquen medidas que comprendidas dentro del ámbito de aplicación del otro. Cualquier medida, incluso una medida de frontera pura como las cuotas, podría considerarse que *afecta* a la venta doméstica de un producto importado si se hace una interpretación amplia de la palabra ‘afectar’. Igualmente, cualquier tipo de medida, incluso una de naturaleza interna pura (como los estándares a los productos), podría considerarse que *restringe* a la

¹⁹ Para un análisis del artículo III véase en este estudio el capítulo V.

importación de un producto si se interpreta el término ‘restricción’ como sinónimo de ‘afectar negativamente’”.²⁰

Aportando cierta claridad a esta cuestión, los Grupos Especiales del GATT han dicho que el artículo III sólo se aplica a los productos una vez han sido importados, mientras que el artículo XI se aplica a aquellas medidas que afectan a la importación; es decir, antes de la entrada en el mercado del país que impone la medida²¹. Los Grupos Especiales del GATT han considerado que si no existen pruebas de que una medida impida la importación propiamente dicha de las mercancías no se considera que afecta a la importación y, por lo tanto, no es incompatible con el primer párrafo del artículo XI²².

Por otro lado, existe también la posibilidad de que una medida aplicada en la frontera escape del ámbito material de aplicación del artículo XI y quede regulada por el artículo III. Esto se debe a que la nota interpretativa del artículo III dispone que si una restricción fronteriza aplica a las importaciones una normativa en vigor para los productos domésticos la restricción a la importación puede ser tratada como una reglamento interno competencia del artículo III²³. En consecuencia sólo las medidas

²⁰ La traducción es nuestra. La redacción original textualmente dice: “Both articles could easily be interpreted to cover measures that might be deemed to fall within the scope of application of the other. Any measure, even a purely border measure like a quota, may be deemed to *affect* the internal sale of an imported product, if one interprets the word ‘affect’ broadly enough. Equally, any type of measure, even a purely internal nature (such as product standards), may be deemed to *restrict* the importation of a product, if one interprets the term ‘restrict’ as a synonym of ‘negatively affect’ ”. F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation . . .*, op. cit., p. 78.

²¹ Véase el informe del Grupo Especial que estudió el *asunto Canadá – Aplicación de la ley sobre el examen de la inversión extranjera*. GATT Doc. L/5504 BISD 30S/151, del 25 de julio de 1983, adoptado el 7 de febrero de 1984, párr. 5.14. El Grupo especial en el caso dijo que: “. . . comparte la opinión del Canadá de que hay en el Acuerdo General una distinción entre las medidas que afectan a la “importación” de productos, regida por el párrafo 1 del artículo XI, y las que afectan a los “productos importados”, de las cuales trata el artículo III. Si se hiciese una interpretación amplia del párrafo 1 del artículo XI en el sentido de abarcar también las prescripciones interiores, el artículo III resultaría en parte superfluo. . .”. Sosteniendo que el artículo III es aplicable a los productos una vez importados véase informe del comité de conciliación en el caso *Italia – subvenciones discriminatorias para la compra de maquinaria agrícola*. GATT Doc. L/833 - 7S/64 L, del 15 de julio de 1958, adoptado el 23 de octubre de 1958, párr. 11.

²² Véase el informe del Grupo Especial que estudió el *asunto Canadá – Aplicación de la ley sobre el examen de la inversión extranjera*. . . , op. cit., párr. 5.14.

²³ La nota interpretativa del párrafo 1 del artículo III del GATT textualmente dispone que:

que restrinjan la importación sin aplicar medidas comerciales equivalentes a los productos domésticos similares en virtud de un reglamento interior serán competencia exclusiva del artículo XI. En cuanto a las medidas que restringen las exportaciones existen menos dudas ya que quedan comprendidas exclusivamente dentro del ámbito material de aplicación del artículo XI, toda vez que el artículo III no regula la exportación de mercancías.

Algunos Grupos Especiales han dicho que el artículo III no cubre leyes o reglamentos basados en los procesos de producción no relacionados con los productos. En el capítulo siguiente, cuando analicemos los problemas que existen para determinar la similitud de dos productos en el artículo III, estudiaremos diversos aspectos relacionados a las leyes o reglamentos que están basados en los métodos o procesos de producción. Basta por el momento con señalar que, hasta ahora, los Grupos Especiales no han considerado como reglamentos internos las leyes o reglamentos que, a pesar de no ser discriminatorios por aplicarse tanto a los productos nacionales como importados, no se aplican directamente a un producto; es decir, que no regulan su venta, ni lo afectan como producto. Estos razonamientos han llevado a los Grupos Especiales a someter al imperio del artículo XI todas las medidas que no afectan a los productos como tales; en otras palabras, los que están basados en sus procesos o métodos de producción. Por ejemplo, en 1991, en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* (asunto *Atún-Delfines I*) se examinó una prohibición a las importaciones de atún procedente de México en virtud de las disposiciones de la Ley estadounidense de Protección de los Mamíferos Marinos

“. . . Todo impuesto interior u otra carga interior, o toda ley, reglamento o prescripción de la clase a que se refiere el párrafo 1, que se aplique al producto importado y al producto nacional similar y que haya de ser percibido o impuesto, en el caso del producto importado, en el momento o en el lugar de la importación, será, sin embargo, considerado como un impuesto interior u otra carga interior, o como una ley, reglamento o prescripción de la clase mencionada en el párrafo 1, y estará, por consiguiente, sujeto a las disposiciones del artículo III. . .”.

(LPMM), aplicada porque las redes de pesca utilizadas por las flotas pesqueras mexicanas causaban la muerte incidental de delfines²⁴. Los Estados Unidos alegaron que la medida comercial debía ser considerada reglamento interno materia de estudio del artículo III por ser una restricción fronteriza que aplica a las importaciones una normativa en vigor para los productos domésticos como lo establece la nota interpretativa del primer párrafo de dicha norma. En concreto se dijo que la prohibición a la importación había sido adoptada con base en los reglamentos de pesca de atún nacional que implementaban la LPMM. Aunque la ley estadounidense establecía un límite de muertes incidentales de delfines permitidas tanto a las flotas atuneras nacionales como extranjeras, en realidad la ley no prohibía la venta de atún doméstico²⁵. El Grupo Especial del caso interpretó las distintas referencias a los “productos” en el texto del artículo III, en el sentido de que esta disposición solamente cubre a las medidas fiscales interiores que *afectan a los productos como tales*²⁶. En opinión del Grupo Especial, al igual que sucede con los impuestos, la nota interpretativa del artículo III sólo cubre los reglamentos que se apliquen a los productos nacionales y extranjeros como tales y no a aquellos que regulan la forma en que los productos se fabrican²⁷. En concreto sostuvo que la LPMM regulaba la pesca nacional de atún para reducir la muerte incidental de delfines, pero que no se aplicaba al atún como producto puesto que no regulan su venta, ni lo afectaba como

²⁴ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991. GATT Doc. DS21/R-39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Informe no adoptado), párr. 5.13.

²⁵ El Grupo Especial hubiera podido resolver que la medida no era un reglamento interno sin necesidad de aplicar la controvertida distinción entre productos y procesos si se hubiera aplicado textualmente la nota interpretativa del artículo III, ya que la prohibición sólo afectaba al atún mexicano.

²⁶ Véase el informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991 . . . , *op. cit.*, párr. 5.11. J. Jackson comparte la idea de que la referencia a los “productos” en el artículo III es base suficiente para considerar la distinción entre las medidas basadas en los procesos y aquellas que se basan en los productos. Véase J. Jackson, “Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy”, en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1995, p. 46.

²⁷ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991 . . . , *op. cit.*, párr. 5.13.

producto²⁸. Una vez rechazado el argumento de que la medida comercial en el caso podía considerarse como un reglamento interno competencia del artículo III, el Grupo Especial dijo que el carácter de restricción comercial no arancelaria de la medida violaba el artículo XI²⁹.

Ahora bien, aunque el primer párrafo del artículo XI prohíbe en términos generales la aplicación de restricciones cuantitativas a la importación o exportación, en su segundo párrafo esta disposición contempla una serie de excepciones específicas a la prohibición general³⁰.

C) LAS EXCEPCIONES ESPECÍFICAS A LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS

El artículo XI contiene ciertas excepciones específicas que permitirían la adopción de medidas que restrinjan la importación o exportación. Aunque estas excepciones presentan diversos aspectos interesantes, por razones de espacio, aquí nos centraremos en mencionar aquellos que pudieran tener relevancia para la protección

²⁸ *Ibid.*, párrs. 5.8–5.14.

²⁹ La interpretación de que el artículo III no cubre a las medidas fiscales y reglamentarias interiores que no afecten a los productos como tales ha estado presente en otras decisiones. Véase por ejemplo, informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*. GATT Doc. DS23R/ 39S/242, adoptado el 19 de junio de 1992, párr 5.19; informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1994. GATT Doc. DS29/R, de 29 de junio de 1994 (Informe no adoptado) párrs. 5.8 y 5.9; informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*. (Informe no adoptado). GATT Doc. DS31/R, del 11 de octubre de 1994, párr. 5.54; informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC Doc. WT/DS2/R, del 29 de enero de 1996, párrs 6.11 y 6.12; informe del Grupo Especial en el caso *Indonesia – Medidas que afectan la industria del automóvil*. OMC Doc. WT/DS54, 55, 59, 64/R, del 2 de julio de 1998, párrs. 14.112 y 14.113.

³⁰ Existen otras excepciones al artículo XI que tienen un carácter más general, entre otras, el artículo XII (restricciones para proteger la balanza de pagos), XIII (aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas), XX (sobre excepciones generales para lograr objetivos de orden público), XXI (excepciones relativas a la seguridad) XXIV (sobre uniones aduaneras y zonas de libre comercio). Sin embargo, con excepción del artículo XX del que nos ocuparemos en capítulos posteriores, es difícil imaginar que las anteriores normas puedan servir para justificar una restricción comercial en el contexto de un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente y, por lo tanto, no son aquí examinadas. Para un estudio general de estas disposiciones véase J. Jackson, *The World Trading System*, 2nd. Ed., London: The MIT Press, 1997; M. Matsushita, T. J. Schoenbaum y P. C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, United States: Oxford University Press Inc., N. Y., 2003.

del medio ambiente. Cabe mencionar que si bien algunas de estas excepciones, según algunas interpretaciones, permitirían justificar la aplicación de restricciones cuantitativas por motivos ambientales, ninguna hace referencia al medio ambiente³¹.

1. *Para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales*

La prohibición al uso de restricciones cuantitativas no se aplican a las prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para *prevenir o remediar* una escasez aguda de productos alimenticios o de *otros productos* esenciales para la parte contratante exportadora³². Según se desprende de los trabajos preparatorios las palabras “prevenir o” se añadieron con el fin de permitir la adopción de medidas preventivas antes de que se produjera efectivamente una escasez aguda³³. La historia legislativa, por otra parte, también indica que la referencia a “otros productos” permitiría la adopción de restricciones a la exportación con el fin de preservar recursos naturales agotables³⁴. En este sentido conviene observar que la importancia de cualquier producto –el juicio sobre su calidad de “esencial”– será determinada caso por caso, tomando en cuenta las circunstancias de cada país³⁵. Como observa E. Patterson, este punto tiene particular relevancia cuando se trata legislaciones ambientales, pues por regla general toman en cuenta las distintas condiciones que puedan prevalecer en los

³¹ Para S. Charnovitz ninguna de las excepciones del párrafo 2 del artículo XI son aplicables a las típicas medidas comerciales de protección del medio ambiente. S. Charnovitz, “Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and their Application to Environmental Trade Measures”, *Tulane Environmental Law Journal*, Summer 1994, Vol. 7, p. 332.

³² Artículo XI, párrafo 2, inciso a) del GATT.

³³ GATT Doc. EPCT/141, p. 2.

³⁴ GATT Doc. EPCT/A/SR/40, pp. 1-2.

³⁵ GATT Doc. EPCT/141, p. 2.

países productores y consumidores³⁶. No obstante, esta excepción no ha sido utilizada para justificar restricciones cuantitativas para proteger el medio ambiente.

2. *Para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos*

La proscripción de las cuotas comerciales tampoco es aplicable a las prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional³⁷. Originalmente esta disposición estaba destinada a cubrir sólo aquellas medidas necesarias para la comercialización de productos agrícolas³⁸. No obstante, algunos autores sostienen que la gravedad de la situación ambiental actual apoya una interpretación evolutiva de esta disposición, en la que queden comprendidas los sistemas de licencias y otras restricciones aplicadas como parte un programa de clasificación de productos utilizando como criterio su impacto ambiental, así como también las restricciones cuantitativas diseñadas para limitar la producción y venta de productos ambientalmente nocivos³⁹.

3. *Para las restricciones a la importación de productos agrícolas o pesqueros*

Esta tercera excepción comprende las restricciones a la importación de productos agrícolas o pesqueros necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales que tengan por finalidad restringir la comercialización o producción

³⁶ E. Patterson, "Rules Changes to Minimise Adverse Trade and Environmental Effects", *Journal of World Trade*, Vol. 26, No. 3, 1992, p. 102.

³⁷ Artículo XI, párrafo 2, inciso b) del GATT.

³⁸ GATT Doc. EPCT/A/PV/19, pp. 8-10.

³⁹ E. Patterson, "Rules Changes to Minimise Adverse Trade . . .", *op. cit.*, p. 102.

ya sea de un producto “similar” o de un producto que utiliza el producto importado⁴⁰.

Los Grupos Especiales del GATT han especificado cuáles son las condiciones que deben cumplirse para que una medida pueda beneficiarse de esta excepción:

- la medida aplicada a las importaciones debe constituir una restricción de las mismas (y no una prohibición);
- la restricción de las importaciones debe aplicarse a un producto agrícola o pesquero;
- la restricción de las importaciones y la restricción de la venta o la producción nacionales deben aplicarse a productos "similares" cualquiera que sea la forma bajo la cual se importen (o, de no haber una producción nacional sustancial del producto similar, a productos que puedan ser sustituidos directamente);
- debe haber medidas gubernamentales que tengan por efecto restringir la cantidad del producto similar que puede ser vendido o producido;
- la restricción de las importaciones ha de ser necesaria para la aplicación de la restricción de la oferta nacional;
- toda parte contratante que imponga restricciones a la importación debe publicar el total del volumen del valor del producto cuya importación se autorice durante un período ulterior especificado; y
- las restricciones que se apliquen no deberán reducir la relación entre el total de las importaciones y el de la producción nacional, en comparación con la que cabría razonablemente esperar que existiera sin tales restricciones⁴¹.

De la interpretación del Grupo Especial podemos deducir que la excepción en cuestión tiene una aplicación limitada a los productos agrícolas y pesqueros, de modo que no es posible, como observa M. Hurlock, que sea utilizada en contra de las mercancías industriales en cuyos procesos de producción se daña al medio ambiente⁴².

Es claro también que esta excepción potencialmente podría justificar la aplicación de una restricción a la importación, mas no sirve para amparar prohibiciones totales a la importación⁴³. Más aún, para que una restricción a la importación pueda beneficiarse de

⁴⁰ Artículo XI, párrafo 2, inciso c) del GATT.

⁴¹ Informe del caso *Canadá – restricciones a la importación de helados y yogur*. GATT Doc. 36S/73, adoptado el 5 de diciembre de 1989, párr. 62.

⁴² M. Hurlock, “The GATT, U.S. Law and the Environment: A Proposal to Amend the GATT in the Light of the Tuna/Dolphin Decision”, *Columbia Law Review*, Vol. 92, No. 8, 1992, p. 2105.

⁴³ Informe del caso *Estados Unidos – Prohibición a las importaciones de atún y productos de atún procedentes de Canadá*, L/5198, adoptado el 22 de febrero de 1982, 29S/97, párr. 4.6. En el caso el Grupo especial observó la diferencia de redacción existente entre los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo XI y el apartado c) del mismo párrafo y estimó que las disposiciones de este último apartado c) no

esta excepción es preciso que se apliquen restricciones equivalentes al consumo doméstico de productos “similares”⁴⁴ o de productos que pueden sustituir al producto importado. Por último, es preciso que la restricción a la importación sea *necesaria* para la ejecución de medidas gubernamentales que restrinjan la oferta. Aunque el término “necesidad” nunca ha sido definido en el contexto de esta disposición, ha sido interpretado en el sentido de requerir una cercana relación entre las restricciones a la importación y las restricciones al consumo doméstico⁴⁵. En consecuencia, como observa M. Hurlock, esta excepción tiene una utilidad muy limitada para los fines ambientales distintos de las medidas que se apliquen directamente al consumo doméstico y extranjero de un producto determinado⁴⁶. No obstante, algunos otros autores, como E. Patterson y T. L. McDorman, consideran que, siempre y cuando se cumpla con la condición de “necesidad” y se apliquen medidas comerciales equivalentes en el ámbito doméstico, esta excepción permitiría aplicar restricciones cuantitativas para proteger especies amenazadas o los recursos naturales escasos⁴⁷.

Ahora bien, la limitación al uso de las restricciones cuantitativas es esencial no sólo para lograr la liberalización de mercancías pretendida por el GATT, sino también para lograr una liberalización progresiva del comercio de servicios.

podían justificar la aplicación de una prohibición de las importaciones. En el artículo XI, párrafo 2, apartados a) y b) se utilizan las palabras "prohibiciones o restricciones" mientras que en el apartado c) del mismo párrafo se mencionan únicamente las "restricciones".

⁴⁴ En el contexto de esta disposición algunos Grupos Especiales han interpretado el término “similar” como “dos productos directamente competidores”. Sobre la competencia directa el Grupo Especial dijo: “En esencia, la competencia directa consistía en que un comprador permanecía fundamentalmente indiferente ante la elección de un producto u otro y los consideraba sustituibles en cuanto a su utilización”. Informe del caso *Canadá – restricciones a la importación de helados y yogur*. . . , *op. cit.*, párr. 73.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 80.

⁴⁶ M. Hurlock, “The GATT, U.S. Law and the Environment. . .”, *op. cit.*, p. 2106.

⁴⁷ E. Patterson, “Rules Changes to Minimise Adverse Trade . . .”, *op. cit.*, p. 102; T. L. McDorman, “The GATT Consistency of U.S. Fish Import Embargoes to Stop Driftnet Fishing and Save Whales, Dolphins and Turtles”, *The George Washington Journal of International Law and Economics*, Vol. 24, No. 3, 1991, p. 515.

II. LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS AL COMERCIO DE SERVICIOS

Las restricciones cuantitativas al comercio de servicios están reguladas por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS por sus siglas en inglés)⁴⁸. El AGCS es fruto de la prolífica Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales y constituye el marco normativo con el que el Sistema Multilateral del Comercio (SMC) pretende favorecer la liberalización progresiva del comercio en el sector de los servicios⁴⁹.

Ahora bien, aunque la finalidad de este epígrafe es examinar la forma en que el AGCS regula el uso de las restricciones cuantitativas, para comprender el alcance de sus disposiciones en la materia, conviene analizar, en primer lugar, en qué consiste

⁴⁸ El AGCS constituye uno de los anexos (Anexo 1 b) al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y está compuesto de un acuerdo marco –los artículos del acuerdo– que define las obligaciones aceptadas por los miembros; de ocho anexos, que abordan cuestiones relacionadas a sectores de servicios específicos (al movimiento de personas para el suministro de servicios, las telecomunicaciones, los servicios financieros, etc.); y por las Listas de compromisos específicos que los miembros han elegido asumir y las Listas de exenciones del trato de la nación más favorecida presentadas por los gobiernos miembros. Ambas listas forman parte integrante del acuerdo. Para un análisis del AGCS véase C. J. Berr, “L’Accord Général sur le Commerce des Services”, *Annuaire français de droit international*, XL, 1994, pp. 748-757; P. Messerlin, “Les services”, *Économie européenne*, 1993, No. 52, pp. 143-175; P. Sauvé, “Assessing the General Agreement on Trade in Services: Half-Full or Half-Empty?”, *Journal of World Trade*, Vol. 29, No. 4, 1995, pp. 125-146; A. Sapir, “The General Agreement on Trade in Services –From 1994 to 2000”, *Journal of World Trade*, Vol. 33, No.1, 1999, pp. 51-66; M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Madrid: Tecnos, 1996; F. Weiss, “The General Agreement on Trade in Services 1994”, *Common Market Law Review*, Vol. 32, No. 5, October 1995, pp. 1177-1225.

⁴⁹ Véase el preámbulo del AGCS. La liberalización del comercio de servicios es en parte el resultado de los esfuerzos realizados por los países desarrollados, particularmente los Estados Unidos. La razón de su interés no es difícil de entender. A mediados de la década de los 90 el comercio de servicios en los países desarrollados ya representaba de un 50 a 60 % del PIB y de un 20 a un 25 % del comercio global. Las presiones de los *lobbies*, la certeza de poseer una posición de competencia favorable en la mayor parte de sectores que comprenden los servicios, incluso el deseo de promover los ideales del libre cambio y, por supuesto, su potencial económico, llevó a los países desarrollados a apoyar decididamente la inclusión del comercio de servicios en la agenda de la Ronda Uruguay de negociaciones multilaterales. Es importante destacar que si bien es verdad los países desarrollados tienen, en términos generales, una ventaja comparativa frente a los países en vías de desarrollo en este sector, existen algunos servicios en los que los países en vías de desarrollo tienen la ventaja comparativa. J. Bhagwati, “International Trade in Services and Its Relevance for Economic Development”, en: J. Bhagwati, *Political Economy and International Economics*, Cambridge: The MIT Press, 1991, Ch. 14, pp. 257-265; M. J. Trebilcock y R. Howse, *The Regulation of International Trade*, London: Routledge, 1995, p. 216.

el comercio de servicios y, en segundo lugar, que identifiquemos algunos aspectos propios de las restricciones comerciales aplicadas a este sector.

A) EL COMERCIO DE SERVICIOS

Cualquier observador, incluso un inexperto, sabe que el comercio de servicios implica transacciones de campos tan diversos como el turismo, la mensajería, las actividades bancarias y de seguros, el transporte, las telecomunicaciones y la construcción, entre muchas otras⁵⁰. Probablemente también sepa que cuanto el prestador del servicio y el consumidor tienen nacionalidades distintas una prestación de servicios adquiere carácter internacional⁵¹. Un observador profesional podría añadir, como en una ocasión hizo P. Sauvé, que el comercio internacional de servicios se relaciona tanto al comercio de mercancías -en las que con frecuencia se encuentran incorporados⁵²- como al movimiento de capitales y de personas.⁵³ No obstante, hasta

⁵⁰ Para una lista pormenorizada de las distintas actividades que quedan comprendidas dentro del comercio de servicios véase Ronda Uruguay - Grupo de Negociaciones sobre Servicios - *Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios* - Nota de la Secretaría. GATT Doc. MTN.GNS/W/120, de fecha 10 de julio de 1991.

⁵¹ Las transacciones de servicios entre empresas o ciudadanos del mismo país se consideran transacciones internas. Véase Ronda Uruguay - Grupo de Negociaciones sobre Servicios - *Glosario de temas y expresiones / inventario de los conceptos y cuestiones en estudio – revisión*. GATT Doc. MTN.GNS/W/43/Rev.2, de fecha 25 de octubre de 1988.

⁵² Por ejemplo, los servicios suministrados por profesionales informáticos de la compañía Microsoft se encuentran incorporados en los programas de Software que pueden comercializarse internacionalmente en Discos Compactos (CD por sus siglas en inglés) como productos. En semejante hipótesis, el comercio del servicio y del producto tendría lugar al mismo tiempo y no podría ser separado. B. Hindley va incluso más allá cuando observa que todas las mercancías en sus procesos de producción incorporan servicios en forma de mano de obra o de capital. *Cfr.* B. Hindley, “International Transactions in Services and Developing Countries”, en: A. Koekkoek y L. B. M. Mennes (eds.), *International Trade and Global Development: Essays in honour of Jagdish Bhagwati*, London: Routledge, 1991, p. 121. En consecuencia, en muchas ocasiones los servicios incorporados a mercancías se encuentran sujetos a las normas del GATT. Véase, por ejemplo, el Informe de 1970 del Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera. GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párr. 15. No obstante, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ha sostenido que el hecho de que un servicio se encuentre regulado por el GATT no implica *a priori* que las normas del AGCS no serán aplicables. Por el contrario, ha observado que no existe jerarquía entre el GATT y el AGCS, de modo que estos acuerdos no se excluyen mutuamente. Véase informe del Grupo Especial en el caso Canadá – *Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*. OMC. Doc. WT/DS31/R, de fecha 14 de marzo de 1997, párr. 5.17. Adicionalmente, ha sostenido que puede darse el caso de que ciertas medidas pueden quedar comprendidas dentro del ámbito material de aplicación de ambos acuerdos. Véase informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Régimen*

los economistas más capacitados han tenido dificultades para elaborar una definición de lo que debemos entender por “el comercio internacional de servicios”⁵⁴.

1. *Problemas conceptuales*

Dada la inherente abstracción del momento de producción y consumo de un servicio y que, salvo algunas limitadas excepciones, los servicios son intangibles, no son almacenables y tienen un carácter transitorio, no es posible utilizar los parámetros con que se define el comercio internacional de mercancías para formular un concepto del comercio de servicios⁵⁵. A diferencia de lo que sucede con los productos, en donde el rasgo característico que permite definir lo que su comercio constituye es que la producción y el consumo tiene lugar en dos Estados distintos, los servicios, salvo pocas excepciones, son intangibles y no pueden, en el sentido físico, ser trasladados de un lugar a otro. Además, por definición los servicios son producidos y consumidos simultáneamente⁵⁶. Así, las figuras tradicionales del comercio de mercancías, como la importación (entrada al mercado nacional de los productos extranjeros) y la exportación (salida de los productos nacionales con rumbo a los mercados extranjeros), no son fácilmente observables en el comercio de servicios⁵⁷.

para la importación, venta y distribución de bananos. OMC. Doc. WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párr. 221.

⁵³ P. Sauvé, “Assessing the General Agreement on Trade in Services . . .”, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁴ Este hecho es fácilmente apreciable en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en donde a pesar de contener un capítulo (XII) titulado “el comercio transfronterizo de servicios” no define lo que debe entenderse por comercio de servicios. En su lugar delimita el ámbito de aplicación de las disposiciones del capítulo XII a las medidas que una Parte adopte o mantenga sobre el comercio transfronterizo de servicios que realicen los prestadores de servicios de otra Parte; entre las que se cuentan, además de algunas otras, la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio. Véase artículo 1201.1 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Disponible en línea en http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/INDICE1.asp

⁵⁵ T. P. Hill, “On Goods and Services”, *Review of Income and Wealth*, Vol. 23, No. 4, 1977, pp. 315-338, p. 318.

⁵⁶ R. García López, *La liberalización del comercio de servicios en la OMC*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 38.

⁵⁷ Por ejemplo, cuando la prestación de servicios turísticos es calificada como exportación el consumidor extranjero debe necesariamente trasladarse al país “exportador” para disfrutar del servicio. De este modo, a diferencia de lo que sucede con la exportación de las mercancías, en donde el bien

De hecho, ya que el funcionamiento de la prestación de servicios no en todos los casos se ajusta a las figuras tradicionales del comercio de mercancías, hasta la década de los 80 se consideraba que los servicios no eran susceptibles de ser objeto de comercio⁵⁸. Esto hoy ya no es así. Actualmente existen estudios que demuestran que la base teórica del libre comercio -léase el aprovechamiento de las ventajas comparativas- es tan viable en el comercio de servicios como en el comercio de mercancías⁵⁹. La práctica confirma la importancia del sector servicios en los intercambios internacionales pues cada vez es más frecuente que los nacionales de un Estado consuman servicios suministrados por los nacionales de otros Estados. Según datos de la Organización Mundial del Comercio en 1996 el comercio de servicios generó beneficios económicos por un valor de un billón doscientos sesenta y seis mil dólares⁶⁰. El comercio de servicios es pues una innegable realidad a la par que un sector de creciente proyección.

La falta de una definición de lo que debe entenderse por comercio de servicios ha llevado algunos autores a tratar de identificar aquellos rasgos permanentes propios de este sector. Partiendo de la base de que los servicios son producidos y consumidos

producido se traslada al país donde será consumido, en la exportación del servicio turístico sucede lo contrario, por decirlo de alguna manera, se importa el consumidor.

⁵⁸ G. Feketuky, "Trade in Services-Bringing Services into the Multilateral Trading System" en: J. Bhagwati y M. Hirsch (eds.), *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Berlin: Springer-Verlag, 1998, p. 81; J. Bhagwati, "International Trade in Services . . .", *op. cit.*, p. 235. Otro argumento utilizado para justificar esta posición consistía en decir que en muchos casos los servicios son incorporados a las mercancías, y, por lo tanto, el comercio internacional recaía en los productos más no en los servicios. Siguiendo esta línea de ideas la formulación de nuevas normas que versaran sobre el comercio de servicios se consideraba innecesario, pues en gran medida la liberalización de los servicios se lograba con las normas aplicables al comercio de productos en los que estaban incorporados. Véase M. J. Trebilcock y R. Howse, *The Regulation of International Trade. . .*, *op. cit.*, pp. 217 y 218.

⁵⁹ B. Hindley y A. Smith, "Comparative Advantage and Trade in Services", *The World Economy*, Vol. 7, 1984, pp. 368-389. No obstante, los factores que aportan las ventajas comerciales puedan ser distintos en uno u otro caso. En palabras de M. Trebilcock y R. Howse, "At the level of general principle, there is no reason why the logic of gains from specialization and trade should not apply to services. Nevertheless, the factors that determine comparative advantage in services may often be rather different from those that determine comparative advantage with respect to goods. For instance, 'natural' factor endowments such as land and minerals will be of less importance than in the case of many goods, while 'man-made' factors such as knowledge and skill will be of paramount importance." M. J. Trebilcock y R. Howse, *The Regulation of International Trade. . .*, *op. cit.*, pp. 216 y 217.

⁶⁰ World Trade Organization, 1997 *WTO Annual Report*, Vol. I, Geneva, 1997, p. 11.

simultáneamente, J. Bhagwati ha observado que la *interacción* entre el prestador de servicios y su consumidor es el elemento que necesariamente está presente en el comercio de servicios⁶¹. Esta interacción, en opinión del citado autor, puede tener lugar de dos formas y permite distinguir entre dos tipos distintos de servicios: en primer lugar, aquellos servicios que para ser suministrados precisan de la proximidad física entre el proveedor y el consumidor (los servicios incorporados en el proveedor: por ejemplo, el servicio de corte de cabello); en segundo lugar, los servicios que pueden ser suministrados sin necesidad de que exista necesariamente proximidad física entre el proveedor y el consumidor (los servicios que no están incorporados en el proveedor, por ejemplo, los servicios bancarios y de seguros)⁶². Esta segunda clase de servicios, considerados también como servicios “transfronterizos”, son posibles, en la mayoría de los casos, gracias a los avances tecnológicos, particularmente en el campo de las telecomunicaciones⁶³.

Ahora bien, para delimitar el ámbito material de aplicación del AGCS los Estados miembros se vieron en la necesidad de elaborar una definición de lo que debe entenderse, para los efectos del acuerdo, por el comercio de servicios. La definición que del comercio de servicios se incluye en el artículo I el AGCS engloba los dos tipos de servicio identificados por J. Bhagwati, aunque una de sus categorías, la de los servicios incorporados al proveedor, está a su vez dividida en tres clases distintas. Es importante decir que, el AGCS no elaborara una definición abstracta o conceptual de lo que constituye el comercio de servicios en el sentido tradicional del término; es

⁶¹ J. Bhagwati textualmente escribe: “. . . If services must be used as they are produced, then a pertinent observation follows: there must be necessary *interaction* between the user and the provider of the service. A producer of a good, by contrast, can produce but store and generally transact with users at any subsequent time. . .”(énfasis en el original). J. Bhagwati, “International Trade in Services . . .”, *op. cit.*, p. 238; En el mismo sentido véase R. García López, *La liberalización del comercio de servicios . . .*, *op. cit.*, p. 39.

⁶² J. Bhagwati, “International Trade in Services . . .”, *op. cit.*, p. 238.

⁶³ B. Hoekman, “Market Access Through Multilateral Agreement: From Goods to Services”, *The World Economy*, Vol. 15, No. 6, 1992, p. 710; M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios. . .*, *op. cit.*, p. 23.

decir, no contiene una explicación que exponga e identifique cuáles son los elementos esenciales del comercio de servicios. En su lugar, como observa M. E. Footer, el AGCS identifica cuatro tipos distintos de lo que constituye el “suministro de servicios” a los que le son aplicables sus disposiciones.⁶⁴

2. La definición del “comercio de servicios” del AGCS

El AGCS define el comercio de servicios como el *suministro* de un servicio y comprende la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio⁶⁵. El acuerdo también precisa que el término “servicios” comprende todo servicio de cualquier sector, aunque aclara que este término no comprende los servicios suministrados en ejercicio de las facultades gubernamentales⁶⁶.

Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación del AGCS, el párrafo 2 del artículo I identifica cuatro tipos distintos de suministro de servicios. En primer lugar, del territorio de un miembro al territorio de cualquier otro miembro; es decir, los *suministros transfronterizos*. En este caso no hay necesidad de proximidad física entre el proveedor y el consumidor; por ejemplo, bajar de Internet un video musical de pago de un proveedor extranjero; enviar o transportar mercaderías por servicio postal, correo privado o una empresa de transporte; la gestión de llamadas telefónicas internacionales a través de un “*call center*”. En segundo lugar, en el territorio de un miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro miembro; en otras palabras, el de *consumo en el extranjero*. Por ejemplo, la asistencia a una universidad en el extranjero, las estancias en hoteles o comidas en restaurantes como turista o en viaje

⁶⁴ M. E. Footer, “The international Regulation of Trade in Services following the completion of the Uruguay Round”, *The International Lawyer*, Vol. 29, No. 2, 1995, p. 463.

⁶⁵ Cfr. Párrafo 2, del artículo I y el inciso b) del artículo XXVIII del AGCS.

⁶⁶ Véase el inciso b) del párrafo 3 del artículo I. Por su parte el inciso c) aclara que un servicio suministrado “en ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.

de negocios; el someterse a un tratamiento médico en el extranjero. En tercer lugar, por un proveedor de servicios de un miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro miembro, conocido por la doctrina como el suministro de *presencia comercial*. Entre éstos se encuentran todas las formas de inversión extranjera directa como la apertura de una filial en ultramar o la adquisición de participaciones en una compañía extranjera. En cuarto y último lugar, el movimiento temporal de personas físicas (*presencia de personas físicas*), definido como el suministro prestado por un proveedor de servicios de un miembro mediante la presencia de personas físicas de un miembro en el territorio de cualquier otro miembro. Este sería el caso de trabajadores de multinacionales que son trasladados a distintas sedes de la empresa; o empresas que envían trabajadores al extranjero con salarios fuera de convenio⁶⁷. En los tres últimos casos, la proximidad física entre el prestador de servicios y el consumidor es lo más frecuente.

En suma, el ámbito material de aplicación del AGCS comprende todas aquellas medidas adoptadas por los miembros que afecten el comercio de servicios⁶⁸ - entendiéndose por éste los cuatro tipos de suministro identificados en el acuerdo- y de

⁶⁷ Véase el párrafo 2 del artículo I del AGCS. Los ejemplos de los distintos tipos de suministro de servicios son de T. Fritz y P. Fuchs, “GATS: Los servicios públicos bajo la presión de la liberalización. Las negociaciones del ACGS (GATS) en la Organización Mundial del Comercio (OMC)—Un desafío para la sociedad civil internacional”, *Global Issue Papers*, No. 1, 2003, p. 10.

⁶⁸ Artículo I, párrafo 1 del AGCS. Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación han interpretado el término “afecten” de forma muy amplia de modo que quedan comprendidas las medidas adoptadas por los miembros que no regulan directamente el comercio de servicios pero que sin embargo tienen efectos restrictivos en este sector. De esta manera una medida dirigida a regular el comercio de mercancías y, por lo tanto, a la que le son aplicables las normas del GATT, si de alguna manera afecta también el comercio de servicios, aunque no lo regule directamente, le serán aplicables, además de las normas del GATT, las normas del AGCS. Véase informe del Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Reclamación del Ecuador* -. OMC Doc. WT/DS27/R/EQU, de fecha 22 de mayo de 1997, párr. 7. 285. Véase informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*. OMC. Doc. WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párr. 221.

conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su lista de compromisos específicos⁶⁹.

El propósito de la definición del artículo I que se utiliza para delimitar el ámbito de aplicación del AGCS es reducir o eliminar las barreras al comercio de servicios que no quedaban comprendidas en otros acuerdos comerciales, ya que tales acuerdos han sido diseñados con el objetivo de favorecer la liberalización del comercio de mercancías⁷⁰.

B) LAS BARRERAS AL COMERCIO DE SERVICIOS

Todas las medidas adoptadas por los gobiernos que coloquen a los proveedores de servicios nacionales en una posición de competencia más favorable que a los proveedores extranjeros son consideradas barreras u obstáculos para el comercio internacional de servicios⁷¹. En algunos casos, las barreras comerciales son fruto de políticas deliberadamente proteccionistas en donde los gobiernos otorgan un trato preferente a los proveedores de servicios nacionales discriminando a sus competidores extranjeros. Tradicionalmente algunos sectores considerados estratégicos por los Estados como las telecomunicaciones, los transportes, los servicios financieros e incluso algunas empresas nacientes, han sido protegidos intencionadamente prohibiendo a los extranjeros suministrarlos. En otros casos, los proveedores extranjeros pueden ver afectada su posición de competencia con relación a los proveedores domésticos por la aplicación de medidas que, a pesar de no ser discriminatorias, los afectan más. Normalmente estos efectos son el resultado de las diferencias entre las reglamentaciones nacionales de los distintos Estados.⁷²

⁶⁹ Véase el artículo XVI del AGCS.

⁷⁰ Véase M. J. Trebilcock y R. Howse, *The Regulation of International Trade*. . . , *op. cit.*, p. 218.

⁷¹ M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios*. . . , *op. cit.*, p. 28.

⁷² *Idem*.

1. *La naturaleza no arancelaria de las restricciones al comercio de servicios*

Ahora bien, en virtud de que por lo general los servicios son intangibles, los proveedores de servicios domésticos no pueden ser protegidos de la competencia extranjera a través de aranceles. En ausencia aranceles, los gobiernos recurren a las barreras comerciales no arancelarias para proteger de la competencia extranjera a los proveedores nacionales de servicios⁷³. En ese sentido P. Sauvé observa que en lugar de operar en la frontera, la protección en el sector de los servicios sale a la superficie ya dentro del territorio nacional y encuentra sus orígenes en los sistemas normativos internos⁷⁴. Aunque, como advierte M. López Escudero, su diversidad y elevado número han impedido que se elabore una clasificación universalmente aceptada de las barreras no arancelarias, algunos autores han realizado distinciones entre los distintos tipos de obstáculos al comercio de servicios⁷⁵. Sin duda, la clasificación elaborada por P. Messerlin es una de las que mejor acogida ha tenido en la doctrina. De las medidas comprendidas en su taxonomía, en este apartado sólo nos ocuparemos de las restricciones cuantitativas que, por otra parte, como enfatiza el citado autor, son los instrumentos más utilizados para reglamentar el sector de los servicios⁷⁶.

⁷³ El Grupo de Trabajo del Comité de Comercio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ha realizado diversos análisis por sectores de las barreras al comercio de servicios. Véase, por ejemplo, Groupe de travail du Comité des échanges *Évaluation des obstacles aux échanges de services: liste des critères utilisés pour procéder à l'examen des besoins économiques dans l'AGCS: vue d'ensemble*. OCDE Doc. TD/TC/WP/2000(WP)11/FINAL, del 10 de Noviembre del 2000; *Évaluation des obstacles aux échanges de services: approches intersectorielles (fondées sur des formules) en matière de négociations multilatérales relatives aux Services*. OCDE Doc. TD/TC/WP(99)42/FINAL, del 7 de Marzo del 2000; *Évaluation des obstacles aux échanges de services: services touristiques*. OCDE Doc. TD/TC/WP/2000(WP)10/FINAL, del 11 de Septiembre del 2000; *Évaluation des obstacles aux échanges de services: services de commerce de détail*. OCDE Doc. TD/TC/WP(99)41/FINAL, del 16 de Octubre del 2000.

⁷⁴ P. Sauvé, "Assessing the General Agreement on Trade in Services. . .", *op. cit.*, p. 126.

⁷⁵ M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios. . .*, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁶ Además de las restricciones cuantitativas, P. Messerlin hace referencia a las medidas que pueden afectar a los precios de los servicios. Dentro de este tipo de medidas especial atención dedica al establecimiento de precios máximos y mínimos. Por último, también menciona otras medidas, como las restricciones fruto del cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual. P. Messerlin, "Les services. . .", *op. cit.*, pp. 157-158.

2. *La taxonomía de las restricciones cuantitativas al comercio de servicios*

P. Messerlin divide las restricciones cuantitativas en contingentes o cuotas que pueden ser de consumo, exportación e importación y de entrada. Las cuotas de consumo reservan la totalidad o una parte de la demanda interior a los prestatarios de servicios nacionales. Este tipo de medidas, que son las más utilizadas de las restricciones cuantitativas, puede proporcionar un alto grado de protección a la industria de servicios doméstica. Por esta razón, los monopolios estatales de servicios como las telecomunicaciones, los servicios de salud y transporte, habitualmente son protegidos por este tipo de medidas. Por su parte, las cuotas de importación restringen en términos cuantitativos el suministro de un tipo determinado de servicio. Las de medidas de esta clase pueden adoptar la forma de limitaciones al número de prestadores del servicio con base en distintos criterios o de limitaciones al volumen de los negocios. La emisión de licencias o las subastas entre los distintos prestatarios del servicio son dos de las formas utilizadas para la administración de este tipo de medidas. En cuanto a las cuotas a la exportación diremos que funcionan en términos similares a los contingentes a la importación, la diferencia lógicamente radica en que las limitaciones recaen en el número de prestadores nacionales que pueden exportar sus servicios a otros mercados y no en el número de proveedores extranjeros que están autorizados a suministrar sus servicios dentro del mercado nacional. En la práctica este tipo de medidas son muy poco frecuentes⁷⁷. Por último, los contingentes de entrada aseguran una protección “material” a través de la imposición de límites cuantitativos a las entradas físicas, como, por ejemplo, al acero utilizado en los trabajos públicos o a las naves utilizadas para el servicio de transporte marítimo, etc.⁷⁸

⁷⁷ *Idem.* Las prohibiciones a la exportación de servicios de naturaleza militar y las prohibiciones al movimiento transfronterizo de productores, por ejemplo, de científicos especializados en diversas materias, se encuentran dentro de las raras ocasiones en que se aplican las cuotas a la exportación.

⁷⁸ P. Messerlin, “Les services. . .”, *op. cit.*, pp. 157-158.

Es importante decir que el Derecho internacional público no establece limitaciones de índole general a los Estados que desean aplicar restricciones comerciales al comercio de servicios. Cada Estado es libre de proteger o no a sus proveedores de servicios sin que exista ninguna norma de Derecho internacional general que lo prohíba⁷⁹. Claro está que si un Estado celebra un tratado internacional en el que se compromete a no aplicar restricciones comerciales al comercio de servicios, el levantamiento de obstáculos a este sector de las actividades económicas resultaría ilegal si afecta al Estado con el que se encuentra vinculado por el acuerdo. En ese sentido cabe mencionar que en el AGCS, cuyas disposiciones son vinculantes para la mayor parte de la Comunidad internacional, se encuentran las principales limitaciones a la libertad de los Estados a restringir el comercio de servicios.⁸⁰

C) LA REGULACIÓN DE LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS AL COMERCIO DE SERVICIOS

Por su probada efectividad muchos de los principios utilizados por el GATT para la liberalización comercial en el sector de las mercancías, como las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida, han sido también incorporados en el AGCS para evitar los obstáculos innecesarios al comercio internacional⁸¹. En cuanto a las restricciones cuantitativas, el AGCS no contiene una disposición que las regule específicamente en la misma forma que el artículo XI del GATT. No obstante, la prohibición de esta práctica se incluye en la obligación más amplia del artículo XVI que contiene la cláusula denominada del “acceso a los mercados”. Esta disposición

⁷⁹ M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios. . . , op. cit.*, p. 28.

⁸⁰ Al 13 de junio de 2006 el AGCS ya era vinculante para 147 Estados, con la adición en curso de otros 27 Estados. Véase Organización Mundial del Comercio, “Miembros y observadores”, disponible en línea en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm

⁸¹ Véase para tal efecto el capítulo V del presente estudio.

tiene el mismo efecto que el artículo XI del GATT: prohibir las restricciones cuantitativas al comercio, en este caso, de servicios.

1. *La prohibición a las restricciones cuantitativas*

El párrafo 2 del artículo XVI del AGCS establece que, salvo que en la Lista de compromisos específicos se precise lo contrario, se prohíbe a los miembros que mantengan o adopten medidas que: a) limiten el número de proveedores de servicios; b) limiten el valor total de los activos o transacciones de servicios; c) limiten el número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios⁸²; d) limiten el número total de personas que puedan ser empleadas en un determinado sector o por un proveedor dado; e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales pueda suministrarse un servicio; y f) limitaciones porcentuales a la participación de capital extranjero, o limitaciones al valor total de las inversiones extranjeras. Con excepción del inciso e) todas las medidas mencionadas son restricciones cuantitativas.

De este modo, podemos observar que el párrafo 2 del artículo XVI contiene una lista de medidas restrictivas de carácter cuantitativo que los miembros no deben aplicar al conceder acceso a los mercados, en líneas similares a la prohibición general de restricciones cuantitativas del artículo XI del GATT, pero a diferencia de éste el artículo XVI no establece ninguna excepción específica⁸³. Por otra parte, como apunta

⁸² El apartado c) del párrafo 2 no abarca las medidas de un miembro que limitan los insumos destinados al suministro de servicios.

⁸³ Como hemos tenido oportunidad de ver en el epígrafe anterior, el artículo XI del GATT incluye un apartado de excepciones a la prohibición general de aplicación de restricciones cuantitativas. Véase el artículo XI, párrafo 2, incisos a), b) y c) (i), del GATT. Adicionalmente, el artículo XIII contiene una serie de excepciones en materia de aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas que potencialmente puede incidir en el alcance de las obligaciones del artículo XI. El artículo XVI del AGCS no contiene excepciones específicas de contenido similar a las del artículo XI del GATT.

D. K. Das, es importante mencionar que las únicas restricciones que sobre acceso a los mercados pueden incluir los miembros en su Lista de compromisos específicos quedan comprendidas dentro de los seis tipos de restricciones cuantitativas a que hace referencia el párrafo 2 del artículo XVI. En ese sentido, se entiende que la lista de esta disposición es “exhaustiva”⁸⁴.

Ahora bien, la concesión del acceso a los mercados, por lo general, se realiza a sectores específicos y, en ocasiones, puede incluso ser individualizado a servicios concretos dentro del mismo sector⁸⁵. De hecho, un número importante de países, particularmente en vías de desarrollo, incluyeron extensas limitaciones y condiciones con relación al artículo XVI sobre acceso a los mercados. No sería pues correcto considerar la cláusula sobre acceso a los mercados como una obligación de aplicación general e ilimitada para sus miembros. Más bien es el instrumento de política por medio del cual los miembros ejercitan sus facultades discrecionales para conceder a los proveedores extranjeros el acceso a sus mercados. Así, para poder determinar la medida en que las limitaciones al uso de restricciones cuantitativas del párrafo 2 del artículo XVI son aplicables a los distintos sectores de servicios es necesario examinar

⁸⁴ D. K. Das, “Trade in Financial Services and the Role of the GATS: Against the Backdrop of the Asian Financial Crisis”, *Journal of World Trade*, Vol. 32, No. 6, 1998, p. 95. Para M. López Escudero la lista de restricciones contenida en el párrafo 2 del artículo XVI es meramente ejemplificativa. Literalmente ha escrito: “. . .El artículo XVI.2 recoge una enumeración ejemplificativa de medidas discriminatorias que, salvo especificación de su lista, un Estado no puede establecer en los sectores de servicios para los que ha concedido el acceso a su mercado. . .”. M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios. . .*, op. cit., p. 117. No obstante, parece más correcto considerar la lista del párrafo 2 del artículo XVI como “exhaustiva”. Por un lado, porque textualmente la citada norma dispone: “. . .las medidas que ningún Miembro adoptará o mantendrá. . .a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente: . . .”. Así, esta disposición parece indicar que sólo los seis tipos de restricciones enumeradas en el párrafo 2 del artículo XVI requieren estar incluidas en las listas de compromisos específicos para ser aplicadas o mantenidas. En otras palabras, las medidas restrictivas del comercio distintas de las enumeradas en el párrafo 2 del artículo XVI, en caso de no estar prohibidas por otras disposiciones del ACGS, podrían ser válidamente aplicadas sin necesidad de que figuren en la Lista de compromisos específicos como limitación a la cláusula sobre acceso a los mercados. Por otro lado, en opinión de R. García López, al aplicarse tanto a nacionales como extranjeros no parece existir la discriminación a la que hace referencia M. López Escudero. R. García López, *La liberalización del comercio de servicios. . .*, op. cit., p. 84, nota al pie 100.

⁸⁵ Véase M. E. Footer, “The international Regulation of Trade in Services. . .”, op. cit., p. 465.

la Lista de compromisos específicos del país a cuyo mercado se pretende acceder y las limitaciones que sobre acceso de mercado este miembro pudo haber incluido.⁸⁶

2. *Las limitaciones del ámbito material de aplicación del artículo XVI*

La lista de compromisos específicos enumera los tipos de servicios suministrados por extranjeros a los que el miembro concede el acceso a su mercado y el trato nacional, así como los términos, condiciones y limitaciones a los que estará sujeto dicho acceso. Así, la designación de servicios con acceso a los mercados se realiza a través de una “lista positiva” en donde sólo los tipos de suministro de servicios que se incluyan estarán sujetos a las disposiciones del AGCS⁸⁷. Por lo general, las Listas de compromisos específicos se dividen en dos partes. En una parte, conocida como los compromisos “horizontales”, se describen las limitaciones que son aplicables a todos los sectores de servicios que aparecen en la lista. En la otra parte, se estipulan los compromisos aplicables a sectores determinados o a subsectores de servicios. Cuando un miembro concede el acceso a su mercado a un determinado sector o subsector debe indicar para los cuatro tipos de suministro que existen y que hemos mencionado, las limitaciones a las que estará sujeto. Los formatos de las Listas de compromisos específicos generalmente siguen un modelo común y utilizan términos uniformes. Estas listas reservan una columna para hacer las anotaciones sobre las restricciones aplicables a los sectores o subsectores en materia de acceso a los mercados⁸⁸. En otras palabras, si un miembro desea adoptar o mantener alguno de

⁸⁶ Para una guía de lectura de las listas de compromisos y del AGCS véase “*Guía para la lectura de las Listas de compromisos específicos y de las Listas de exenciones del artículo II (NMF)*”, en: *Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales. Instrumentos jurídicos que contienen los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales hechos en Marrakech el 15 de Abril de 1994*. Volumen 28, Anexo 1 b, Introducción.

⁸⁷ R. García López, *La liberalización del comercio de servicios*. . . , *op. cit.*, p. 80.

⁸⁸ Para una explicación concisa de cómo deben consignarse los compromisos en las Listas véase *Ronda Uruguay - Grupo de Negociaciones sobre Servicios - Consignación en listas de los compromisos*

los seis tipos de restricciones cuantitativas enumeradas en el párrafo 2 del artículo XVI es preciso que así se haga constar en la Lista de compromisos específicos, más concretamente en la columna que para tal efecto se reserva en el formato de la lista. Así, las prohibiciones en materia de restricciones cuantitativas del artículo XVI no son aplicables a los servicios que quedan fuera de este marco⁸⁹.

iniciales en la esfera del comercio de servicios: nota explicativa. GATT Doc. MTN.GNS/W/164, de fecha 3 de septiembre de 1993.

⁸⁹ La libertad de que gozaron los miembros del AGCS para identificar aquellos sectores de los servicios en los que se concede acceso a los mercados a los nacionales de otros miembros ha llevado a algunos autores a calificar el AGCS de un acuerdo de liberalización a la “carta”. Véase C. J. Berr, “L’Accord Général sur le Commerce des Services . . .”, *op. cit.*, p. 751. En cualquier caso, hay que tomar en cuenta que al GATT le tomó cerca de medio siglo alcanzar el grado de liberalización del que actualmente gozan las mercancías. El AGCS tiene como objetivo seguir la misma pauta progresiva de liberalización.

Capítulo V

LOS PRINCIPIOS DE NO-DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO

Los principios de Trato Nacional (TN) y de la Nación Más Favorecida (NMF) pretenden evitar, el primero, la discriminación que se da en el ámbito interno de un país entre nacionales y extranjeros y, el segundo, la que resulta entre los extranjeros que compiten en el mercado de un tercer Estado¹. Dado que la discriminación es uno de los principales obstáculos al comercio, los principios de TN y de la NMF se han convertido en dos de los pilares del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y, posteriormente, también del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (el Acuerdo sobre los ADPIC)². Ahora bien, pese a que la esencia de los principios de TN y de la NMF es apreciable en los tres acuerdos, las diferencias en las materias que regulan dan lugar a ciertas diferencias de un acuerdo a otro en cuanto al ámbito material, contenido y aplicación de estos principios. La finalidad de este capítulo es examinar de qué

¹ Para un estudio del principio de trato nacional véase J. Jackson, "National Treatment Obligations and Non-Tariff Barriers", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 10, 1989, pp. 207-224; G. C. Hufbauer, J. S. Erb y H. P. Starr, "The GATT codes and the unconditional most-favored-nation principle", *Law & Policy International Business*, Vol. 12, 1980, p. 59-93. Para un temprano estudio de la cláusula de la nación más favorecida véase M. P. Pescatore, *La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales*, Institut de Droit International, Geneva: La Tribune de Genève, octubre 1968. Para una análisis más reciente J. Forner, *La cláusula de la nación más favorecida*, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1988. Para una definición del principio de la nación más favorecida por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas véase *Year Book of the International Law Comisión 1978*, Vol. II. Part Two, pp. 18-21.

² Una muestra de la importancia que tiene el principio de la NMF es que su enmienda, en la práctica, es poco probable, toda vez que requiere de la aceptación de todos los miembros. Párrafo 2 del artículo X del Acuerdo por el que se establece la OMC (BOE, 24 de enero de 1995, No. 20). El texto del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio –en lo sucesivo el GATT–, del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios –en lo sucesivo el AGCS– y del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio –en lo sucesivo el Acuerdo sobre los ADPIC– puede consultarse, respectivamente, en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25 y 503-583; 341-380 y; 381-419.

manera son regulados los principios de TN y de la NMF en los acuerdos mencionados³. Así, la primera parte está dedicada a analizar el principio de TN en el GATT, en el AGCS y en el Acuerdo sobre los ADPIC, y la segunda parte, en ese mismo orden, el de la NMF. En el estudio del TN en el GATT se examinan las discriminaciones explícita y *de facto*, se comentan algunas disposiciones del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio (OTC), se examina el concepto “producto similar” y la distinción entre métodos y procesos producción. Al ocuparnos del TN en el AGCS analizamos las discriminaciones explícita y *de facto*, el concepto “servicio similar” y el ámbito de aplicación del principio. Ahora bien, antes de estudiar el TN en el Acuerdo sobre los ADPIC es necesario analizar algunos aspectos generales del acuerdo, como la naturaleza de sus disposiciones y su ámbito material de aplicación. El estudio del trato de la NMF en el GATT examina el concepto “producto similar” y la discriminación de origen. Al ocuparnos del trato de la NMF en el AGCS examinamos la discriminación entre prestadores de servicios y algunas de sus excepciones específicas. El capítulo termina con un estudio de la forma en que el Acuerdo sobre los ADPIC articula el trato de la NMF y sus excepciones.

I. EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN LOS ACUERDOS DE LA OMC

A) EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN EL COMERCIO DE MERCANCÍAS: ART. III DEL GATT

Las medias comerciales que adoptan la forma de leyes o reglamentos internos⁴, de impuestos interiores u otras cargas son regulados por el artículo III del GATT que

³ El estudio de estos principios en el GATT es más elaborado que en los otros dos acuerdos. Esto se debe a que el GATT tiene tras de sí más de medio siglo de práctica –el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC sólo 10 años- que ha dejado interesantes decisiones que aportan luz a la interpretación de sus principios.

⁴ Algunos Grupos Especiales del GATT han dicho que el artículo III sólo se aplica a los productos una vez han sido importados, mientras que el artículo XI se aplica a aquellas medidas que afectan a la importación, es decir, antes de la entrada en el mercado del país que impone la medida. Véase informe del

prohíbe tanto la discriminación explícita como la discriminación *de facto*. Los límites a las leyes o reglamentos se complementan con las disposiciones del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC).

1. *La prohibición de la discriminación explícita y de facto*

Un impuesto discrimina explícitamente e infringe el artículo III si aplica a los productos importados cargas fiscales más elevadas que a los productos similares nacionales. Lo mismo sucede cuando las leyes o reglamentos que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de productos tratan de forma menos favorable a las importaciones que a los productos nacionales similares⁵. En otras palabras, un impuesto o reglamento interior sólo será congruente con el artículo III si se aplica a los productos nacionales y a los extranjeros de la misma forma⁶.

comité de conciliación en el caso *Italia – subvenciones discriminatorias para la compra de maquinaria agrícola*. GATT Doc. BISD 7S/60, adoptado el 23 de octubre de 1958, párr. 11. Ahora bien, la nota interpretativa del artículo III dispone que si una restricción fronteriza aplica a las importaciones una normativa en vigor para los productos domésticos la restricción a la importación puede ser tratada como una reglamento interno competencia del artículo III.

⁵Artículo III párrafo 2 y 4 del GATT.

El párrafo 2 del artículo III textualmente dispone que:

“. . . Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1. .”.

El párrafo 4 del artículo III textualmente dispone que:

“. . . Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto. . .”.

⁶J. Jackson, “World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?”, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 49, Fall 1992, pp. 1236 y 1237.

El párrafo 1 del artículo III del GATT textualmente dispone que:

“. . . Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional. . .”.

Como ya hemos mencionado, las disposiciones del Acuerdo OTC son aplicables también a los reglamentos, en este caso técnicos, y en general buscan evitar que éstos se elaboren, adopten o apliquen con el fin o el efecto de crear obstáculos innecesarios al comercio. Los “obstáculos innecesarios” se definen como aquellos que restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo pretendido, destacando que se deben tomar en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Dentro de los objetivos legítimos expresamente reconocidos se encuentran la protección del medio ambiente, la protección de la salud o la vida, la salud animal y la vegetal⁷. El Acuerdo OTC también invita a los miembros a adoptar en sus reglamentos los niveles de seguridad y protección de los estándares internacionales⁸. De hecho, salvo prueba en contrario, los reglamentos basados en los estándares internacionales no se consideran obstáculos al comercio⁹. No obstante, el Acuerdo reconoce que algunos estándares internacionales pueden ser inadecuados para el logro de ciertos objetivos legítimos dentro de los que se cuenta la protección del medio ambiente¹⁰.

Por otra parte, pese a que el artículo III no menciona explícitamente la discriminación de *facto*, la proscripción de la aplicación proteccionista de las medidas fiscales o reglamentarias interiores que contempla su primer párrafo ha llevado a concluir que también está prohibida¹¹. Por ejemplo, si un país aplicara un impuesto a la a la carne tratada con hormonas de crecimiento siendo que, a diferencia de los

El párrafo anterior debe ser leído tomando en cuenta la nota interpretativa del primer párrafo del artículo III del GATT.

⁷ Véase el artículo 2.2 Acuerdo sobre de Obstáculos Técnicos al Comercio –en lo sucesivo Acuerdo OTC– reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay*. . .*op. cit.*, pp. 143-169. Los casos de riesgos graves para el medio ambiente justificaran un mayor grado de interferencia en la actividad comercial, mientras que si el riesgo es menor, las pequeñas interferencias podrían ser suficientes para descalificar a la medida.

⁸ *Ibid.*, artículo 2.4

⁹ *Ibid.*, artículo 2.5

¹⁰ *Ibid.*, artículo 2.4. Para S. Charnovitz esto quiere decir que los estándares de protección ambiental no necesariamente tienen que reflejar los niveles de exigencia de los estándares internacionales. S. Charnovitz, “Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and their Application to Environmental Trade Measures”, *Tulane Environmental Law Journal*, Summer 1994, Vol. 7, p. 309.

¹¹ J. Jackson, *The World Trading System*, Second Edition, London: The MIT Press, 1997, pp. 216-217.

productores extranjeros, los productores del país importador no utilizan las hormonas de crecimiento en su ganado, el impuesto afectaría únicamente a los productos extranjeros teniendo lugar la discriminación *de facto*, pues el efecto discriminatorio sería equivalente al de la discriminación explícita¹². Por lo general, el país que vea amenazada la legitimidad de este tipo de medidas intentará justificar el trato diferenciado diciendo que los productos no son similares. Por ejemplo, tratándose de medidas de protección ambiental, algunas veces se dice que los productos en sí mismos presentan características con diferentes efectos en el medio ambiente y, por lo tanto, no son similares; otras veces se dice que son las diferencias en los impactos ambientales derivadas de los procesos o métodos de producción las que justifican un trato diferenciado. De este modo, el resultado del juicio sobre la similitud de los productos generalmente determinará la legalidad de la medida comercial.

2. *El concepto “producto similar” en el contexto del artículo III*

El Acuerdo General no contiene reglas claras para determinar cuándo dos productos pueden considerarse similares. El Órgano de Apelación de la OMC, intentando aportar claridad a la cuestión, ha dicho que los criterios importantes para examinar la similitud son aquellos que puedan afectar a la relación de competencia de dos productos¹³. En la práctica, se han seguido los siguientes criterios: i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; ii) los usos finales; iii) los gustos y

¹² El artículo III también prohíbe la discriminación fiscal entre productos directamente competidores o que pueden sustituir a los productos nacionales, si la medida se aplica con el objetivo de dar protección a los productos domésticos. Véase nota interpretativa del artículo III.2 del GATT. Ahora bien, el problema con la discriminación *de facto* es que el país que impone el impuesto puede tener una preocupación auténtica por los posibles efectos en la salud producto del consumo de carne tratada con hormonas de crecimiento y verá como una intromisión en sus facultades reglamentarias que las normas de la OMC le impidan lograr sus objetivos de salud pública.

¹³ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R, de 12 de marzo de 2001, p. 46.

hábitos del consumidor; y iv) la clasificación arancelaria¹⁴. Aunque la importancia que ha de atribuirse a los criterios anteriores tampoco ha sido definida, las propiedades físicas parecen haber sido el criterio que más ha influenciado a los Grupos Especiales¹⁵.

Ahora bien, ya que normalmente los productos comparten algunas propiedades y difirieren en otras, para poder valorar su similitud antes es preciso saber cuál es el parámetro de comparación. Si las propiedades que comparten son las que importan para la comparación serán similares, en caso contrario, aun las pequeñas diferencias, si son las que interesan para los efectos de la comparación, servirían para determinar que los no son similares. En este orden de ideas, resulta interesante observar que el Órgano de Apelación recientemente ha dicho que el principio general del artículo III.1, que prohíbe las medidas proteccionistas, es el contexto guía para interpretar el artículo III¹⁶. Por lo tanto, al ser el proteccionismo *el contexto guía* (parámetro de comparación) sería lógico que se valore, al resolver sobre la similitud de dos productos, si hubo intención o no de proteger a los productores nacionales al adoptarse la medida comercial. Por ejemplo, si una medida otorga un trato comercial diferenciado a dos productos por sus distintos efectos en el medio ambiente y sin esconder intenciones proteccionistas, aunque por lo

¹⁴ Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*. GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párr. 18. El cuarto criterio, la clasificación arancelaria, no fue mencionado por el Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, sino que fue incluido por Grupos Especiales ulteriores. Véase, por ejemplo *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*. GATT Doc. (L/6216 - 34S/94) adoptado el 10 de noviembre de 1987, párrafo 5.6

¹⁵ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991. (Informe no adoptado). GATT Doc. DS21/R - 39S/155, 3 de septiembre de 1991, párr. 5.13. Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*. GATT Doc. DS23R/ 39S/242, adoptado el 19 de junio de 1992. Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*. (Informe no adoptado). GATT Doc. DS31/R, del 11 de octubre de 1994, párr. 5.54. La dificultad para establecer en abstracto una regla general ha llevado a los Grupos Especiales del GATT a decir que los exámenes sobre la similitud de dos productos requerirán siempre de una valoración personal de los juzgadores, y variarán dependiendo del contexto de la disposición que se estudia. Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*. OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 4 de octubre de 1996, párr. H.2.c). Véase informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera . . .*, *op. cit.*, párr. 18.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto . . .*, *op. cit.*, p. 41.

demás los productos compartan las mismas propiedades, podría considerarse que las mercancías no son similares. Así, como observan R. Howse y D. Regan, lo que “similar” debería significar en el contexto del artículo III es no diferir en ningún aspecto que justifique un trato distinto no proteccionista¹⁷. Esta forma de analizar la similitud en el contexto del artículo III fue aplicada en dos ocasiones por los Grupos Especiales¹⁸, pero rechazada por el Órgano de Apelación en un caso posterior¹⁹ argumentando que el examen de similitud debe realizarse sobre bases objetivas de modo que es irrelevante que existiera o no una intención proteccionista²⁰.

El Órgano de Apelación pasó después a explicar en detalle el método que debía seguirse para determinar la similitud de dos productos en el artículo III. Los argumentos utilizados son realmente intrincados y están basados en las diferencias textuales que existen entre la primera y segunda frase el párrafo 2 del artículo III. La primera frase y la segunda frase contienen una referencia a los “productos similares”, sin embargo, la

¹⁷ R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, p. 261. Esta corriente es conocida como la *doctrina del análisis de los objetivos y efectos*.

¹⁸ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*. . . , *op. cit.*, párr. 5.25. Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – impuestos a los automóviles*. (No adoptado) GATT. Doc. DS31/R, del 11 de octubre de 1994. En ambos casos se buscó determinar si el trato comercial diferenciado aplicado a dos productos cuya similitud se examinaba estaba basado en motivaciones proteccionistas. La manera de determinar si una medida se aplica de forma proteccionista consistía en analizar si ha habido buena fe en el propósito normativo y si los efectos en las condiciones de competencia eran proteccionistas.

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* . . . , *op. cit.*, párr. H.2.c).

²⁰ En lugar del análisis de la intención (buena fe en el propósito normativo) de los legisladores, el Órgano de Apelación estimó que es posible examinar objetivamente los criterios subyacentes utilizados en una medida determinada, tales como su estructura reveladora, diseño, arquitectura y su aplicación global para evaluar si se aplica de manera que otorgue protección a los productos nacionales. *Idem*.

El Órgano de Apelación, en opinión de algunos autores, rechaza el análisis sobre la intención subjetiva, al que equivocadamente relaciona con el análisis del propósito normativo, sin darse cuenta que en realidad éste se refiere al estudio de lo que llaman la intención objetiva. R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction. . .”, *op. cit.*, p. 265. De hecho el estudio de la intención objetiva es prácticamente el mismo que el del análisis de los criterios objetivos subyacentes propuesto por el Órgano de Apelación pues consiste en analizar las pruebas objetivas del propósito normativo de una medida comercial, tales como la historia legislativa, las actas de sesiones del congreso, declaraciones, etc. El propósito subjetivo consistiría en la búsqueda de la intención proteccionista imperante en los legisladores en el momento de establecer una restricción comercial por medio de un reglamento o impuesto, del que la doctrina del análisis de los objetivos y efectos nunca pretendió ocuparse. R. Hudec, “GATT/WTO Constrains on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test”, *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3, Fall 1998, pp. 631-632 y 643.

segunda frase es distinta de la primera en que, además de remitir expresamente al párrafo 1 -que como hemos mencionado prohíbe las medidas proteccionistas-, contiene una referencia adicional a los productos “directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente”²¹. En opinión del Órgano de Apelación, para que la referencia a los “productos directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente” no sea privada de contenido, el concepto “producto similar” en la primera frase debe interpretarse de forma restringida y en sentido amplio en la segunda frase²². En otras palabras, la exigencia de similitud será mayor en la primera frase.

Adicionalmente, ya que la primera frase no remite al párrafo 1 y la segunda sí, para el Órgano de Apelación el análisis de similitud en el contexto de la segunda frase requiere un estudio adicional que busque determinar si la medida se ha aplicado de forma proteccionista. En la primera frase el objetivo trazado en el artículo III.1 se protege de forma implícita cuando se analiza si los productos son o no “similares”, y si lo son, si se han aplicado impuestos superiores a los productos importados que a los productos nacionales similares²³. No obstante, lo cierto es que la interpretación de la primera frase del artículo 2 que sugiere el Órgano de Apelación no garantiza que no se apliquen los impuestos de forma que se proteja a la producción nacional. Esto es así ya que, independientemente de que el grado de competencia e incluso las características físicas sean factores siempre importantes al analizar la similitud de dos productos, son

²¹ El significado de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT se ha precisado basándose en la nota interpretativa a esa disposición. En esa nota textualmente dispone que:

“. . . Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto, y, por otra parte, un producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar. . .”.

²² Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. . ., *op. cit.*, p. 41.

²³ *Ibid.*, párr. H.1.

criterios estériles cuando se trata de determinar si una medida es aplicada “de manera que se proteja la producción nacional”²⁴.

Por otro lado, tampoco conduce a resultados satisfactorios la interpretación de la segunda frase del párrafo 2, a la que se le reconoce la necesidad de examinar adicionalmente si la medida se aplica “de manera que se proteja la producción nacional”. El Órgano de Apelación ha sostenido que tanto la intención de los legisladores como el objetivo pretendido por una medida (*el propósito normativo*) son irrelevantes en el momento de determinar si es o no proteccionista²⁵. El carácter proteccionista, en su opinión, debe determinarse a través de un examen objetivo de la estructura y la aplicación de la medida²⁶. Esta interpretación llevaría a declarar contrarias al primer párrafo del artículo III todas las medidas cuya aplicación tenga el efecto, intencional o accidental, de mejorar la posición de competencia de los productos nacionales frente a los extranjeros. Esto ocasiona que el SMC interfiera con las facultades reglamentarias de los países miembros, pues se puede dar el caso de que las políticas no proteccionistas aplicadas de buena fe, por ejemplo para proteger el medio ambiente, no logren pasar el examen “producto similar” o “de manera que se proteja la producción nacional”²⁷.

²⁴ Por ejemplo, pensemos en dos productos A y B que tienen los mismos usos finales –así se ha definido a dos productos en relación de competencia- y características físicas similares, la única diferencia entre ellos es que A puede ser reciclado y B no. Supongamos que A se produce nacionalmente y que B se produce en el exterior. Por último, pensemos que para promover el reciclaje se impone un impuesto más elevado al producto B que el que se aplica a A. Si la relación de competencia y las características físicas fueran criterios determinantes para definir la similitud de los productos, A y B serían productos similares y, por lo tanto, la discriminación entre ellos estaría prohibida. Sin embargo, ¿podemos asegurar que en el caso se está aplicando el impuesto con el fin de proteger la producción nacional? Evidentemente no, pues el objetivo es la promoción del reciclaje para proteger el medio ambiente, no la protección de sus productores.

²⁵ Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* . . ., *op. cit.*, párr. H.2.c).

²⁶ *Idem.*

²⁷ R. Hudec, “GATT/WTO Constrains on National Regulation. . .”, *op. cit.*, p. 626. El ejemplo del impuesto sobre envases no reciclables nos sirve una vez más para ilustrar esta situación. Toda vez que los gobiernos con una preocupación auténtica por la acumulación de desechos sólidos no podrían aplicar un impuesto a los productos presentados en envases no reciclables, si este impuesto puede afectar más a los

Ahora bien, en el párrafo 4 del artículo III también hay una referencia al concepto “producto similar”, pero, a diferencia del párrafo 2, no hay ninguna a los productos competidores o sustitutos. Para evitar que el párrafo 2 cubra una gama más amplia de productos (similares, competidores y sustitutos) que el párrafo 4 (productos similares), el Órgano de Apelación ha sostenido que el concepto “producto similar” del párrafo 4 debe interpretarse en sentido amplio. Obviamente esta interpretación debe comprender los productos competidores o sustitutos en alguna medida²⁸. En cualquier caso, al igual que sucede en el párrafo 2, el examen sobre la similitud en el párrafo 4 no da ningún papel al propósito normativo y, por lo tanto, es insuficiente para garantizar que las medidas no proteccionistas no serán declaradas contrarias al artículo III.

Un problema adicional es que en las diferencias en los métodos y procesos de producción no son considerados criterios válidos para diferenciar a dos productos.

3. *Los procesos y métodos de producción no relacionados con los productos*

La diferencia entre los procesos o métodos de producción relacionados y no relacionados con los productos, desde una perspectiva ambiental, consiste en que los primeros afectan a las características de un producto hasta el grado de que su uso, manipulación o eliminación daña al medio ambiente, mientras que en los segundos es el proceso sí mismo, no la mercancía, la que genera un daño al medio ambiente²⁹. Impedir

productos extranjeros por no acostumbrar los materiales reciclables. Aunque en este caso la preocupación ambiental es auténtica, la medida será calificada de proteccionista y contraria al Acuerdo General.

²⁸ No es clara la diferencia entre la interpretación de “producto similar” del párrafo 4 que incorpora a los “productos competidores” y el término “producto similar” de la primera frase del párrafo 2 y las nociones “directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente” de la segunda frase del párrafo 2. El Órgano de Apelación se ha limitado a decir que el término “producto similar” del párrafo 4 es más amplio que en el párrafo 2. Sin embargo, no es más amplio que el significado del término “producto similar” combinado con los términos “directamente competidores o que pueden sustituirlos directamente” del párrafo 2. Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. . . , *op. cit.*, pp. 43 y 44.

²⁹ Véase Organization for Economic Co-operation and Development, *Processes and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework and Considerations on Use of PPM-Based Trade Measures*, OECD

que los procesos productivos dañen el medio ambiente global, en ocasiones, da lugar a la adopción de restricciones comerciales basadas en los procesos³⁰.

En el capítulo anterior ya mencionamos que el artículo III ha sido interpretado de forma tal que se considera que no cubre las medidas fiscales basadas en los procesos de producción no relacionados con los productos³¹. Concretamente, las distintas referencias a los “productos” en el artículo III llevaron al Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* (Atún-Delfines I) a decir que esta disposición cubre sólo a las medidas fiscales interiores que *afectan a los productos como tales*; es decir, que regulan su venta o lo afectan como producto³². Al igual que sucede con los impuestos, para los Grupos Especiales la nota interpretativa del artículo III sólo cubre los reglamentos que se apliquen a los productos nacionales y extranjeros como tales y no a aquéllos que regulan la forma en que los productos se fabrican³³. Aunque el informe del Grupo Especial Atún-Delfines I no fue adoptado, sus razonamientos han estado presentes en otras decisiones³⁴.

Doc. OCDE/GD(97)137 11 August 1997, p. 11. Disponible también en línea en [http://www.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/ocde-gd\(97\)137](http://www.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/ocde-gd(97)137).

³⁰ También ha sucedido que los Estados aplican las restricciones comerciales para proteger a especies no sujetas a la jurisdicción particular de ningún Estado, que bien pueden o no estar identificadas en peligro de extinción en acuerdos internacionales. Por ejemplo, los Estados Unidos aplicaron restricciones a la importación de camarón procedente de algunos países cuyas técnicas de pesca causaban la muerte incidental de tortugas, especie calificada en peligro de extinción por CITES. También sucede que se aplican este tipo de medidas cuando los Estados no desean participar en el comercio de productos que dañan los bienes comunes, como los gases CFC perjudiciales para la capa de ozono o de recursos naturales irremplazables, como algunos tipos de madera tropical. E. Brown Weiss y J. Jackson, “Framework for Environment and Trade”, en: E. Brown Weiss y J. Jackson, *Reconciling Environment and Trade*, New York: Transnational Publishers, 2001, p. 29.

³¹ Véase el informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991 . . . , *op. cit.*, párr. 5.11. El profesor Jackson comparte la idea del Grupo Especial de que la referencia a los “productos” tanto en el artículo III como en el artículo XI es base suficiente para considerar la distinción entre las medidas basadas en los procesos y aquellas que se basan en los productos. Véase J. Jackson, “Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy”, en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1995, p. 46.

³² Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991. . . , *op. cit.*, párr. 5.13.

³³ *Ibid.*, párr. 5.13

³⁴ Una vez creada la OMC el primer caso en donde se analizó una medida comercial basada en los procesos o métodos de producción fue el de *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. El Grupo Especial observó que el artículo III.4 no permite un trato menos favorable que

Los argumentos del Grupo Especial y las interpretaciones expuestas sobre la aplicación de los artículos III y XI permiten exponer cuál es la condición legal de las medidas comerciales basadas en los procesos no relacionados con los productos en los siguientes términos. Si la medida es un reglamento que se aplica antes de que entre el producto al mercado doméstico no podrá ser considerada reglamento interno, porque el artículo III no cubre las medidas que no afectan el producto como tal. En consecuencia, el artículo aplicable sería el XI que prohíbe las restricciones no arancelarias y, por lo tanto, también las restricciones comerciales basadas en los procesos de producción no relacionados con los productos. Si la medida es clasificada como reglamento interno, ya sea porque se aplica una vez que los productos han entrado al mercado nacional o porque reciba tal condición por virtud de la nota interpretativa del artículo III, se podría decir que la medida viola el párrafo 4 del artículo III, porque esta disposición no permite el trato diferenciado (entre productos similares) basado en los procesos o métodos de producción que no afectan las características físicas de los productos. Es decir, los productos que difieren sólo en los procesos que no afectan sus características físicas son considerados productos similares. El mismo argumento permite decir que si se imponen cargas fiscales más elevadas a los productos extranjeros por lo demás similares a los nacionales con base en los procesos de producción que no afectan sus características físicas se violaría el párrafo 2 del artículo III.

En realidad, a diferencia de los argumentos expuestos, no está claro que el texto del artículo III prohíba las medidas basadas en los procesos y métodos de producción

dependa de las características del productor. El Grupo Especial precisó que la identificación de productos como similares en el contexto del artículo III.4 debe hacerse sobre bases objetivas de similitud y no tomando en cuenta factores extraños relacionados con los productores. Véase informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC Doc. WT/DS2/R, del 29 de enero de 1996, párrs. 6.11 y 6.12. En 1998, el Grupo Especial en el caso *Indonesia – Medidas que afectan la industria del automóvil* dijo que tampoco están permitidos los impuestos basados en consideraciones de origen del producto y nacionalidad de los productores y en otros factores no relacionados con los productos. Véase informe del Grupo Especial en el caso *Indonesia – Medidas que afectan la industria del automóvil*. OMC Doc. WT/DS54, 55, 59, 64/R, del 23 de julio de 1998, párrs. 14.112 y 14.113.

que no afectan las características físicas de los productos³⁵. En un capítulo posterior tendremos oportunidad de analizar una interpretación del artículo III en este sentido.

Ahora bien, al igual que el GATT, el AGCS contiene el principio de TN. No obstante, entre uno y otro acuerdo existen importantes diferencias³⁶. Por el momento basta apuntar que mientras el artículo III del GATT se aplica a los productos, en el AGCS el TN beneficia normalmente a los productores y receptores de los servicios³⁷.

B) EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN EL COMERCIO DE SERVICIOS: ART. XVII DEL AGCS

En el artículo XVII del AGCS se regula tanto la discriminación de hecho como la de *facto* entre proveedores de servicios nacionales y extranjeros.

1. *La regulación de la discriminación de hecho y de facto: Art. XVII del AGCS*

El primer párrafo del artículo XVII del AGCS dispone que, en los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada miembro está obligado a otorgar a los proveedores de servicios de otros miembros, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares. En otras palabras, las medidas nacionales que explícitamente discriminan a los suministros de servicios extranjeros dispensando un trato más favorable a los proveedores de servicios

³⁵ S. Charnovitz, "The Law of Environmental "PPMS" in the WTO: Debunking the Myth of Illegality", *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, Winter 2002, pp. 77 y 78.

³⁶ Para una análisis de las diferencias entre el GATT y el AGCS véase A. Ahlind, "Comparing GATT and GATS: Regime Creation Under and After Hegemony", *Review of International Political Economy*, Vol. 3, No. 1, 1996, pp. 65-94.

³⁷ T. Fritz y P. Fuchs, "GATS: Los servicios públicos bajo la presión de la liberalización. Las negociaciones del AGCS (GATS) en la Organización Mundial del Comercio (OMC) – Un desafío para la sociedad civil internacional", *Global Issue Papers*, No. 1, 2003, p. 8.

similares de origen nacional infringen el artículo XVII³⁸. Por otro lado, pese a que el ACGS reconoce que el trato comercial concedido a proveedores de servicios similares extranjeros y nacionales puede ser formalmente idéntico o formalmente diferente, se considerará que un trato comercial es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los proveedores nacionales en comparación con los proveedores de servicios similares de otro miembro³⁹. De esta manera, aunque una medida no sea explícitamente discriminatoria por otorgar formalmente un trato idéntico a los proveedores de servicios similares nacionales y extranjeros, si altera las condiciones de competencia en perjuicio de estos últimos será contraria al artículo XVII⁴⁰.

Dado que el trato nacional sólo es requerido entre servicios similares, la determinación de similitud de dos servicios aquí también resulta muy importante.

2. *El concepto de “servicio similar” en el contexto del artículo XVII*

EL ACGS no define, como hace con otros conceptos, lo que debe entenderse por servicios similares. Tampoco contiene una serie de criterios propios a aplicar en los

³⁸ Véase *Consignación en listas de los compromisos iniciales en la esfera del comercio de servicios: nota explicativa*. GATT Doc. MTN.GNS/W/164, 3 de septiembre de 1993, párr. 7. Por ejemplo, si se da preferencia a los proveedores nacionales de servicios audiovisuales en la asignación de frecuencias para la transmisión dentro del territorio nacional. Una medida de este tipo de medida discrimina explícitamente sobre la base del origen del proveedor de servicios y constituye, por tanto, una denegación formal o de *jure* del trato nacional.

³⁹ Véase artículo XVII párrafos 2 y 3 del AGCS.

⁴⁰ Por ejemplo, una medida que estipule que se requiere residencia previa para la obtención de una licencia para suministrar un servicio. Aunque la medida no diferencia formalmente a los proveedores de servicios basándose en el origen nacional, dispensa de hecho un trato menos favorable a los proveedores de servicios extranjeros, puesto que en su caso es menos probable que puedan satisfacer el requisito de residencia previa que en el de los proveedores de servicios similares de origen nacional. Véase *Consignación en listas de los compromisos iniciales en la esfera del comercio de servicios . . .*, *op. cit.*, párr. 7. Es importante observar también que en una nota al pie del primer párrafo del artículo XVII el ACGS establece que no se interpretará el citado artículo como una obligación de los miembros de compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios pertinentes.

exámenes de similitud. Por lo tanto, recurrir a la experiencia del GATT en busca guía resulta inevitable⁴¹.

Al igual que sucede en el GATT, la similitud de dos servicios o proveedores de servicios tomará en cuenta aquellos factores que puedan afectar su relación de competencia en el mercado⁴², particularmente: las propiedades, naturaleza y calidad de los servicios, los usos finales, los gustos del consumidor, y la clasificación⁴³. En relación con los criterios anteriores, conviene decir que al determinar la similitud de dos servicios las características físicas son, como observa A. Mattoo, afortunadamente irrelevantes⁴⁴. Por otro lado, la clasificación de los servicios desarrollada y utilizada para la negociación de los distintos compromisos tanto del acceso a los mercados como del trato nacional parece reflejar cierto consenso de que los servicios clasificados en un determinado sub-sector implican un grado de similitud, aunque no está claro hasta qué punto es un criterio determinante. Por último, para algunos autores, el criterio de usos y fines es uno de los que podrían resultar más útiles para determinar la similitud de dos servicios ya que está más relacionado a los conceptos económicamente significativos de competencia directa o sustitución entre servicios y sigue la lógica del mercado⁴⁵.

A diferencia del GATT, el AGCS no otorga un derecho de trato nacional de aplicación general a todos los servicios extranjeros similares a los nacionales. El principio de trato nacional tiene en el AGCS un ámbito material más limitado.

⁴¹ R. García López, *La liberalización del comercio de servicios en la OMC*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 98.

⁴² Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto* . . ., *op. cit.*, p. 46.

⁴³ Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*. . ., *op. cit.*, párr. 18.

⁴⁴ A. Mattoo, “National Treatment in the GATS. Corner-Stone or Pandora’s Box?”, *Journal of World Trade*, Vol 31, No. 1, 1997, p. 127.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 128. En este punto hay que decir que, aunque el artículo XVII del AGCS no menciona los servicios directamente competidores o sustituibles, como el artículo III del GATT, parece lógico pensar que el concepto servicio similar debe ser interpretado en sentido amplio de modo que éstos queden comprendidos.

3. *El ámbito material de aplicación del principio de trato nacional en el AGCS*

La obligación del artículo XVII del AGCS de dispensar a los servicios y proveedores de servicios de otros miembros un trato no menos favorable que el dispensado a los servicios nacionales similares se aplica selectivamente a los sectores y actividades con base en los términos y condiciones inscritas en las listas de compromisos específicos de los miembros⁴⁶. Así pues, la dispensa de trato nacional es una facultad discrecional de los Estados. Sin embargo, una vez concedido el trato nacional las limitaciones que un miembro desee establecer deben incluirse en la lista de compromisos, en caso contrario se presumirá que no está sujeto a ninguna restricción⁴⁷.

La delimitación de la competencia material del artículo XVII presenta problemas adicionales, particularmente, cuando se le relaciona con el artículo XVI sobre acceso a los mercados. El artículo XVI, como tuvimos oportunidad de ver en el capítulo anterior, regula principalmente el uso de restricciones cuantitativas al comercio de servicios⁴⁸. Por su parte, el artículo XVII regula las medidas discriminatorias entre servicios nacionales y extranjeros similares. Puede suceder que una restricción de carácter cuantitativo sea discriminatoria y quedar comprendida dentro del ámbito material de ambas disposiciones. Al disponer en el párrafo segundo del artículo XX que las medidas incompatibles con los artículos XVI y XVII se consignarán en la columna

⁴⁶ Véase L. Altinger y A. Enders, "The Scope and Depth of GATS Commitments", *The World Economy*, Vol. 19, No. 3, 1996, p. 309. Como hemos mencionado en el capítulo anterior, dado que el comercio de servicios normalmente es intangible no se presta a ser controlado en la frontera a través de la aplicación de aranceles. El control comercial de este sector de las actividades económicas tradicionalmente se ha realizado a través de medidas discriminatorias no arancelarias. G. Feketuky considera que la aplicación general del principio de trato nacional sería equivalente a inhabilitar todas las barreras comerciales que pudieran favorecer a los productores domésticos. G. Feketuky, "Trade in Services-Bringing Services into the Multilateral Trading System" en: J. Bhagwati y M. Hirsch (eds.), *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Berlin: Springer-Verlag, 1998, p. 96. Por esta razón, los países en vías de desarrollo han promovido una aplicación no generalizada de la cláusula de trato nacional que les impediría la aplicación de medidas no arancelarias necesarias en algunos casos para proteger a las industrias nacionales nacientes en el sector de servicios. M. E. Footer, "Global and Regional Approaches to Regulation of Trade in Services", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, Part. 3, July 1994, p. 673.

⁴⁷ M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 116.

⁴⁸ Véase en este estudio el capítulo IV.

correspondiente al artículo XVI y se considerará que la consignación indica también una condición o salvedad al artículo XVII, el AGCS expresamente reconoce que es posible que se den casos de solapamiento en la aplicación de estas disposiciones.

Ahora bien, la indicación de consignar en la columna correspondiente a los compromisos de acceso a los mercados (art. XVI) las medidas que puedan quedar comprendidas simultáneamente en los artículos XVI y XVII, añade elementos que oscurecen más, si es posible, los límites precisos del ámbito material de aplicación del artículo XVII. En las listas de compromisos específicos la columna correspondiente al acceso a los mercados contiene, entre otras, las medidas que son incompatibles con el artículo XVI solamente, pero además contiene las que son contrarias a los artículos XVI y XVII. El problema es que en la columna de acceso a los mercados no hay ninguna indicación sobre en cuál de los dos artículos queda comprendida una medida.⁴⁹

Por otro lado, en la práctica es posible que un miembro conceda pleno trato nacional para ciertos tipos de servicios, pero niegue al mismo sector el acceso a su mercado. El problema entonces sería determinar si el miembro aún es libre de adoptar restricciones cuantitativas discriminatorias; es decir, si el principio de trato nacional cubre también aquellas medidas discriminatorias que afecten el establecimiento (el acceso al mercado) o sólo es aplicable a las que afectan a los proveedores de servicios extranjeros ya establecidos.

Existen tres posibles interpretaciones de la competencia material del artículo XVII. Por un lado, es posible interpretar que el principio de trato nacional cubre el derecho a establecerse y después de establecido⁵⁰. Por otro lado, algunos autores

⁴⁹ A. Mattoo, "National Treatment in the GATS. . .", *op. cit.*, p. 127.

⁵⁰ El texto del artículo XVII apoya esta interpretación. La referencia a "todas las medidas que afecten al suministro de servicios" indican que debe cubrir también las restricciones cuantitativas, incluidas aquellas que afectan la habilidad de establecer la presencia comercial.

consideran que el principio de trato nacional excluye el derecho al establecimiento⁵¹. Por último, se puede interpretar que quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo XVII todas las medidas comprendidas en el artículo XVI, incluidas las restricciones cuantitativas discriminatorias⁵². La primera opción interpretativa parece ir en contra de las normas de Derecho internacional público sobre interpretación de los tratados⁵³ y la tercera opción no parece que sea congruente con la intención de los negociadores. Por su parte, la segunda interpretación, como observa A. Mattoo, tiene a su favor que crea una división clara entre las disciplinas del artículo XVI y XVII. El primero se ocuparía de las cuestiones previas a la entrada y algunas restricciones cuantitativas específicas no discriminatorias, y el segundo de todas las medidas discriminatorias una vez establecido el suministrador extranjero. Adicionalmente, el hecho de que esta interpretación haya sido la base para la elaboración de las listas de compromisos le da cierto peso⁵⁴.

Al igual que el GATT y el AGCS, el Acuerdo sobre los ADPIC ha incorporado el principio del TN, aunque, obviamente, con distinto ámbito material de aplicación.

⁵¹ M. E. Footer ha escrito “. . .Market access is the policy instrument by which governments exercise their discretionary powers as to which foreign services, or service suppliers, will be granted access to their domestic markets. The principle of national treatment comes into play once access has been granted, and concerns the continuing treatment which the service, or service supplier, can expect to receive from the authorities of the importing country . . .”. M. E. Footer, “Global and Regional Approaches . . .”, *op. cit.*, pp. 669-670. En el mismo sentido M. López Escudero, *El comercio internacional de servicios. . .*, *op. cit.*, p. 117. Es posible que la práctica de enlistado, al menos de algunos miembros, estuviera basada en la creencia, reflejada en la historia legislativa, de que la obligación de trato nacional es efectiva sólo post entrada al mercado; es decir, una vez que se ha establecido en el mercado nacional el proveedor de servicios extranjero.

⁵² A. Mattoo, “National Treatment in the GATS. . .”, *op. cit.*, pp. 115-116.

⁵³ El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dice que los tratados deben interpretarse de buena fe de acuerdo al sentido ordinario de sus términos. La mención en el artículo XVII a “todas las medidas que afectan el suministro de servicios” parece apoyar una interpretación del principio de trato nacional que incluya las restricciones cuantitativas. No obstante, una interpretación debe dar sentido y efecto a todos los términos de un tratado; el interprete no es libre de realizar exégesis del tratado que hagan algunas normas redundantes o inservibles. Si se acepta la interpretación de un trato nacional fuerte ¿qué sería de las disciplinas adicionales del artículo XVI?. Este artículo regularía entonces principalmente restricciones al acceso a los mercados no discriminatorias. Sin embargo, haría redundante el art. XVI:2 f) que trata sobre las limitaciones a la participación de capital extranjero – medidas que en cualquier caso, serían contrarias al principio de trato nacional. Véase A. Mattoo, “National Treatment in the GATS. . .”, *op. cit.*, pp. 116-117.

⁵⁴ *Idem.*

C) EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN LA OMC: ART. III DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

Hoy en día las ideas y los conocimientos tienen un lugar preponderante en el comercio internacional⁵⁵. Por lo general, estos bienes inmateriales están protegidos por derechos de propiedad intelectual (DPI) que conceden derechos de explotación exclusiva a las personas (físicas o legales) sobre las creaciones de su mente⁵⁶. No obstante, pese a la existencia de estos derechos, la explotación de las ideas y conocimientos ajenos no ha podido ser detenida. La necesidad de lograr su efectiva protección ha forzado una mejora progresiva en los DPI en cuya evolución se ha ampliado cada vez más su alcance geográfico⁵⁷. Actualmente, en la cima de la escala evolutiva de la protección internacional de la propiedad intelectual se encuentra el Acuerdo sobre los ADPIC en donde el TN figura como uno de sus principios básicos de protección⁵⁸. Antes de analizar las disposiciones que regulan este principio es necesario

⁵⁵ Véase M. Sabido, *La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales*, Cáceres: Universidad de Extremadura, 2000, p. 20.

⁵⁶ La exclusividad en la explotación de las creaciones intelectuales -otorgada por periodos de tiempo que varían dependiendo del tipo de creación- prohíbe, entre otras acciones, el uso, producción, difusión, interpretación o copia, por terceros sin autorización del titular del derecho en cuestión.

⁵⁷ R. Wilder, "Global Harmonization of Intellectual Property", en: I. Fletcher, L. Mistelis y M. Cremona (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet & Maxwell, 2001, pp. 515-516. El autor observa que la evolución de la propiedad intelectual en el ámbito internacional puede ser dividida en tres periodos: el territorial, el internacional y el global. El primero se caracteriza por el principio de territorialidad: "los derechos de propiedad intelectual no van más allá del territorio del Estado que otorga los derechos en primer lugar". El periodo internacional culminó con la conclusión del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial -Convenio de París- (*BOE*, 1 de febrero de 1974, No. 28) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, -Convenio de Berna 1971- (*BOE*, 30 de octubre de 1974) caracterizadas por que los Estados adoptaron ciertos principios fundamentales necesarios para proteger los derechos de propiedad intelectual, siendo entre éstos el trato nacional el principio más importante. En cualquier caso, el nivel de diversidad normativa era importante de modo que la armonización era limitada. El periodo actual, es decir el global, se caracteriza por el hecho de que la propiedad intelectual está ligada al comercio.

⁵⁸ El Acuerdo sobre los ADPIC consta de 73 artículos estructurados en siete partes. En su primera parte se ocupa de las disposiciones generales y de los principios básicos. La segunda parte contiene normas relativas a la existencia, límite y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. La tercera parte contiene disposiciones para la observancia de los derechos de propiedad intelectual. En su cuarta parte establece las condiciones para la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual. Las normas para prevenir y resolver controversias son el cuerpo de la quinta parte. La sexta parte se ocupa de los artículos de carácter transitorio. Por último, la séptima parte está compuesta de disposiciones finales y sobre aspectos institucionales. Para un estudio del Acuerdo sobre los ADPIC véase D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd Edition, London: Sweet & Maxwell, 2003; C.

hacer algunas observaciones sobre la naturaleza y el ámbito material de aplicación de las normas del Acuerdo sobre los ADPIC.

1. *El Acuerdo sobre los ADPIC: Naturaleza de sus disposiciones*

El Acuerdo sobre los ADPIC tiene como objetivo fomentar la protección y observancia de los DPI y promover la innovación y transferencia tecnológica en beneficio recíproco de los productos y usuarios para favorecer el bienestar social y económico⁵⁹. El acuerdo establece estándares mínimos de protección que los signatarios deben cumplir, pero a la vez reconoce expresamente que los miembros pueden, sin estar obligados, prever una protección más amplia que la exigida por el acuerdo⁶⁰. Además, las obligaciones que contiene el acuerdo son sólo de resultado, ya que cada miembro es libre para establecer el método que considere adecuado para aplicar sus disposiciones.⁶¹

Las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC obligan a los Estados signatarios –que deberán implementarlas en el ámbito doméstico–, pero benefician a los ciudadanos al establecer que: “Los miembros concederán a los nacionales de los demás miembros el trato previsto en el presente acuerdo”⁶². Dado que los derechos de

M. Correa y A. A. Yusuf (eds.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, London: Kluwer Law International, 1998; AA. VV., *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1997; B. Boval, “L’Accord des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS)”, en: *La réorganisation mondiale des échanges (Problèmes juridiques)*, Colloque de Nice de la Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 1996, pp. 131-152; A. Casado y B. Cerro, *GATT y propiedad industrial*, Madrid: Tecnos, 1994; M. L. Doane, “TRIPS and International Intellectual Property Protection in an Age of Advancing Technology”, *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, Winter 1994, pp. 465-497. Para una valoración de la experiencia derivada de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC en los últimos 10 años véase P. Lamy, “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights- Ten Years Later”, *Journal of World Trade*, Vol. 38, No. 6, 2004, pp. 923-934.

⁵⁹ Véase el preámbulo y el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁶⁰ *Ibid.*, artículo 1.1. Véase también A. Otten y H. Wager, “Nature and Scope of the Agreement. Compliance with TRIPS: The Emerging World View”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 29, May 1996, p. 392.

⁶¹ *Idem*. Véase también A. Casado y B. Cerro, *GATT y propiedad industrial*. . . , *op. cit.*, p. 74.

⁶² En una nota al pie del artículo 1.3 del Acuerdo sobre los ADPIC se especifica que por el término “nacionales” utilizado en el acuerdo se entenderá, en el caso de un territorio aduanero distinto miembro de la OMC, las personas físicas o jurídicas que tengan domicilio o un establecimiento industrial o comercial, real y efectivo, en ese territorio aduanero.

propiedad intelectual son esencialmente de naturaleza privada, además de prever el recurso al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC para las diferencias que surjan entre los Estados miembros, el Acuerdo sobre los ADPIC contiene una serie de disposiciones que buscan asegurar el cumplimiento del acuerdo en el ámbito interno de los Estados. En ese sentido la obligación general de los Estados consiste en asegurar que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones⁶³.

2. *El alcance material del Acuerdo sobre los ADPIC*

Las áreas de la propiedad intelectual que cubre el Acuerdo sobre los ADPIC son:

a) los derechos de autor, que se otorgan a los autores de libros u otros documentos escritos, las composiciones musicales, películas, obras de arte, etc.; b) los derechos con él relacionados -en ocasiones denominados derechos conexos a los derechos de autor-, que son aquellos que se otorgan a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, y; c) los derechos sobre propiedad industrial que pueden ser divididos en dos clases. La primera tiene como rasgo distintivo la protección de los atributos propios o característicos de los productos o servicios. Es el caso, por un lado, de las marcas de fábrica o de comercio que consisten en signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas y, por otro lado, de las indicaciones geográficas que identifican un producto como originario de una región, cuando determinada calidad o característica del

⁶³ Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso. Véase artículo 41.1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico⁶⁴. La segunda clase comprende aquellos derechos que protegen la innovación, invención y creación tecnológica. En esta categoría quedan comprendidos los dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado de los circuitos integrados, protección de la información no divulgada⁶⁵.

Ahora bien, al igual que en el GATT y el AGCS, el principio de TN es uno de los pilares normativos del Acuerdo sobre los ADPIC⁶⁶.

3. El principio de trato nacional en los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio: Art. 3.1 del Acuerdo sobre los ADPIC

En virtud del artículo 3.1 del Acuerdo sobre los ADPIC cada miembro debe conceder a los nacionales de los demás miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual. Una nota al pie de esta disposición precisa que el término "protección" comprende los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente este acuerdo⁶⁷. Adicionalmente, el principio de TN no está sujeto a reciprocidad, de modo que no se condiciona a los titulares de derechos de propiedad intelectual extranjeros que

⁶⁴ Artículos 15.1 y 22.1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁶⁵ El Acuerdo sobre los ADPIC en la sección en la que define los tipos de derechos que cubre contempla al "Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales" que no es una forma de derecho de propiedad intelectual, sino que versa sobre ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio. Artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁶⁶ G. E. Evans, "The Principle of National Treatment and the International Protection of Industrial Property", *European Intellectual Property Review*, Vol. 18, No. 1, January 1996, pp. 149-160; S. D. Bergel, "Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPS del GATT", en: AA. VV., *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1997, p. 57.

⁶⁷ Sin embargo, este principio no se aplicará a los procedimientos de adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad industrial, estipulados en acuerdos multilaterales concertados bajo los auspicios de las Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

su Estado de origen otorgue el mismo nivel de protección a los nacionales del país que habrá de conceder el trato nacional para que éste sea efectivamente conferido⁶⁸.

Por otro lado, además de las estipuladas en algunos tratados incorporados por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC⁶⁹, ciertas excepciones al principio de TN están permitidas en relación con los procedimientos judiciales y administrativos siempre y cuando sean necesarias para conseguir el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del acuerdo, y cuando tales prácticas no se apliquen de manera que constituya una restricción encubierta del comercio.⁷⁰

⁶⁸ Algunos autores consideran que la aplicación de disposiciones de acuerdos como el Acuerdo sobre los ADPIC, al menos formalmente, está condicionada a cierto grado de reciprocidad entre sus Partes. Para estos autores todos los Estados al vincularse a un acuerdo como el Acuerdo sobre los ADPIC se comprometen a conceder trato nacional al resto de las partes, pero al mismo tiempo adquieren el derecho a que sus nacionales reciban de las demás partes en el acuerdo un trato no menos favorable que el que éstas conceden a sus propios nacionales. Así, el derecho a recibir el trato nacional está condicionado a que el Estado que pretende tal trato comercial esté a su vez vinculado al acuerdo que consigna la obligación. P. Katzenberger, “General Principles of the Berne and the Universal Copyright Conventions: I. National Treatment. Minimum Protection and Reciprocity in International Copyright Law”, en: F. Beier y G. Schricker (eds.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Vol. 11, Munich: Max Planck Institute, 1988, pp. 45-46. En cualquier caso hay que decir que, materialmente, el principio de la reciprocidad es opuesto al del trato nacional, ya que su aplicación implicaría que dentro de un mismo país se aplicarían distintas normas a los distintos titulares de derechos de propiedad intelectual dependiendo de su nacionalidad y del nivel de protección que su Estado de origen otorga a los titulares de derechos extranjeros. Véase S. D. Bergel, “Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs del GATT”, en: AA. VV., *Propiedad intelectual en el GATT. . . , op. cit.*, p. 58. Por otro lado, conviene decir que en una ocasión los Estados Unidos ya aplicó a la propiedad intelectual un régimen de reciprocidad material estricta. *Semiconductor Chip Protection Act* aprobada como Título III de la Ley 98-620 de 8 de noviembre de 1984.

⁶⁹ Las disposiciones sobre trato nacional incluidas en el Acuerdo sobre los ADPIC se aplican a reserva de las excepciones ya previstas, respectivamente, en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, específicamente en el Acta de Estocolmo de fecha 14 de julio de 1967 -a la que se refiere el Acuerdo sobre los ADPIC como el Convenio de París de 1967- (*BOE*, 1 de febrero de 1974, No. 28), en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, específicamente en el Acta de París de fecha 24 de julio de 1971 -a la que se refiere el Acuerdo sobre los ADPIC como el Convenio de Berna 1971- (*BOE*, 30 de octubre de 1974), la Convención Internacional para la Protección de los Artistas Interpretes o Ejecutantes -Convenio de Roma de 1961- (*BOE*, 14 de noviembre de 1991, No. 273) o el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados adoptado en Washington el 26 de mayo de 1989. En lo que concierne a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, esta obligación sólo se aplica a los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC. Adicionalmente, los miembros que se valgan de las posibilidades estipuladas en el artículo 6 del Convenio de Berna (1971) o en el párrafo 1 b) del artículo 16 de la Convención de Roma lo notificarán según lo previsto en esas disposiciones al Consejo de los ADPIC. Véase artículo 31, párrafos 1 y 2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véase sobre la técnica de la incorporación por referencia M. P. A. Sáenz de Santa María, “La incorporación por referencia en el Derecho de los Tratados”, *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. XXVII, No. 1, 1984, pp. 7-40.

⁷⁰ *Ibid.*, artículo 31.2.

En el Sistema Multilateral del Comercio, como veremos a continuación, el principio de la nación más favorecida complementa el principio de trato nacional.

II. EL PRINCIPIO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN LOS ACUERDOS DE LA OMC

A) EL PRINCIPIO DE TRATO GENERAL DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN EL COMERCIO DE MERCANCÍAS: ART. I DEL GATT

Por virtud del artículo I del GATT los derechos de aduana y cualquier clase de impuestos, reglamentos y formalidades relativos a las importaciones o a las exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, deberá ser concedido inmediata e incondicionalmente a todo “producto similar” originario de los territorios de las demás partes o a ellos destinados⁷¹. Podemos ver que, una vez más, el juicio sobre la similitud de los productos es determinante al calificar la legalidad de la medida, pues no es exigible la extensión de privilegios entre productos que no son similares.

1. *La interpretación del concepto “producto similar” en el artículo I*

En un caso de 1952 un Grupo Especial sostuvo que el Acuerdo General distinguía entre “productos similares” y “productos directamente competidores”, y que

⁷¹ El artículo I del GATT en lo conducente dispone:

“1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado. . .”.

el artículo I, se limitaba a los “productos similares”⁷². Como hemos mencionado antes, el uso final de un producto en un mercado determinado, los gustos y hábitos del consumidor, las propiedades físicas, calidad y naturaleza del producto, y la clasificación arancelaria serán probablemente los criterios para determinar la similitud de las mercancías en caso de controversia⁷³.

2. *La discriminación con base en el origen y las medidas comerciales basadas en los procesos no relacionados con los productos*

En la práctica ha sucedido que los Estados prohíben la entrada de productos originarios de un determinado país por sus efectos ambientales negativos o por sus deficientes políticas ambientales, mientras que permiten la entrada de productos similares procedentes de otros países bajo el argumento de que no tienen los mismos efectos ambientales, o en su caso, que las políticas ambientales seguidas por dichos países son adecuadas. En la mayor parte de los casos son los procesos y métodos de producción percibidos como ambientalmente nocivos de un determinado país los que fundamentan la adopción por los países importadores de este tipo de medidas.

El Grupo Especial que se ocupó del caso *Subsidios familiares de Bélgica* dijo que la discriminación entre productos basada en el país de procedencia es contraria al artículo I.1 del Acuerdo General. Este informe ha sido citado en múltiples ocasiones para fundamentar la ilegalidad en el marco del Acuerdo General de las restricciones comerciales basadas en los procesos o métodos producción⁷⁴. Sin embargo, el Grupo Especial no dijo textualmente que alguna disposición del GATT prohíba las medidas comerciales que se basen en los procesos o métodos de producción que no afectan las

⁷² Informe del Grupo Especial en el caso *Alemania – régimen de importación aplicado a las sardinas*. GATT. Doc. 1S/53.

⁷³ Véase informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*. . ., *op. cit.*, párr. 18.

⁷⁴ R. Hudec, “The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence. . .”, *op. cit.*, p. 187, nota al pie 2.

características físicas de los productos⁷⁵. Existe una diferencia entre una restricción basada en el país de donde proceden los productos y una restricción comercial basada en los procesos o métodos de producción que en un momento pueden ser considerados perjudiciales para el medio ambiente⁷⁶. Por ejemplo, no es lo mismo una restricción a la importación de productos procedentes de Tailandia porque se consideren inadecuadas sus políticas ambientales de protección de las tortugas marinas, que una prohibición a la importación de camarón que sea pescado con métodos que representen un grave peligro para las tortugas marinas, aun cuando el único país que utilice los métodos peligrosos sea Tailandia. El primer caso se trata de una restricción comercial basada en el origen, claramente contraria al artículo I del GATT y el segundo caso es una restricción comercial neutral respecto del origen cuya ilegalidad aún no está clara.

En 1981, el Grupo Especial en el caso *España – régimen arancelario del café sin tostar* consideró, entre otros puntos, que las diferencias entre los métodos de cultivo del café no eran razón suficiente para permitir un trato diferente entre dos productos por lo demás similares⁷⁷. En 1998, el Grupo Especial del caso *Indonesia – determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* dijo que el artículo I no permite que las ventajas comerciales estén condicionadas con base en criterios no relacionados con el producto en sí mismo⁷⁸. Sin embargo, en un informe reciente el Grupo Especial en el caso *Canadá – determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* estimó que no es correcto calificar de violaciones *prima facie* del artículo I a las ventajas condicionales con base en factores no relacionados con los productos en sí mismos, sin tomar en cuenta si la medida se relaciona con el origen de los productos importados y, si

⁷⁵ Véase informe del Grupo Especial sobre *Subsidios familiares de Bélgica*, G/32, adoptado el 7 de noviembre de 1952, BISD 1S/59.

⁷⁶ S. Charnovitz, “Green, Roots, Bad Pruning . . .”, *op. cit.*, pp. 317-318.

⁷⁷ Véase informe del Grupo Especial en el caso *España – régimen arancelario del café sin tostar*. L/5135, adoptado el 11 de junio de 1981, 28S/, 118, 119, párrs. 4.4-4.10.

⁷⁸ Véase informe del Grupo Especial del caso *Indonesia – determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*. OMC Doc. WT/DS54/R, del 2 de julio de 1998, párr. 14.143.

se relaciona, cómo lo hace⁷⁹. En el caso en cuestión, la medida se calificó como contraria al artículo I por considerar que no era neutral respecto del origen de los productos importados, mas no por que pudiera estar basada en procesos no relacionados con los productos⁸⁰.

B) EL PRINCIPIO DE TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN EL COMERCIO DE SERVICIOS: ART. II DEL AGCS

El principio de la NMF ha sido también incorporado al AGCS, en términos muy similares a los utilizados en el GATT -con las adecuaciones obvias del sector⁸¹- y es para algunos autores el principio de mayor importancia en el acuerdo⁸².

1. *La prohibición de la discriminación entre prestadores de servicios extranjeros*

En relación con al principio de la nación más favorecida el AGCS textualmente dispone que: “con respecto a toda medida abarcada por el AGCS, cada miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país”⁸³. El principio exige que se hagan extensivas a los miembros de la OMC de forma inmediata e incondicional las ventajas comerciales otorgadas a cualquier país –miembro o no– en el sector de los servicios. Es importante enfatizar que, por sí misma, esta

⁷⁹ Véase informe del Grupo Especial en el caso *Canadá – determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*. OMC. Doc. WT/DS139/R, WT/DS142/R, del 11 de febrero de 2000, párr. 10.4.

⁸⁰ S. Charnovitz, “The Law of Environmental “PPMS”. . .”, *op. cit.*, p. 85.

⁸¹ Para una análisis de la cláusula de trato de la nación más favorecida en el AGCS en donde se identifican los aspectos similares y también las diferencias que existen con la articulación de este principio en el GATT véase A. K. Abu-Akeel, “The MFN as it Applies to Service Trade - New problems for and Old Concept”, *Journal of World Trade*, Vol. 33, No. 4, August 1999, pp. 103-130.

⁸² Y. Wang, “Most-Favored-Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services- And Its Application in Financial Services”, *Journal of World Trade*, Vol. 30, No. 1, 1996, pp. 91-124.

⁸³ Artículo II. 1 del AGCS.

disposición no tiene el efecto de ampliar el grado de acceso a los mercados, simplemente proscribire la discriminación entre los proveedores extranjeros de servicios similares, independientemente del grado de apertura de mercados concedida por el miembro en cuyo mercado compiten⁸⁴. No obstante, como observa Abu-Akeel, el acceso a los mercados puede ser un aspecto del principio de la NMF. Si un país otorga acceso a su mercado a los proveedores de servicios de un miembro este derecho de acceso a los mercados será extendido, inmediata e incondicionalmente, al resto de los miembros por virtud del principio de la NMF.⁸⁵

Es interesante también observar que, a diferencia de lo que sucede con los principios de acceso a los mercados y de trato nacional exigibles exclusivamente en aquellos sectores cuya liberalización fue dispuesta en las listas nacionales, el principio de la NMF tiene una aplicación general a todos los sectores de los servicios⁸⁶. Más aún, la referencia a “toda medida abarcada por el AGCS” indica claramente que el trato de la NMF debe aplicarse a toda medida adoptada por los miembros que afecte el comercio de servicios en cualquiera de sus cuatro modos de suministro⁸⁷. Ahora bien, pese a su amplio alcance el principio NMF se aplica sujeto a ciertas excepciones.

2. *Excepciones específicas al principio de la nación más favorecida*

Durante la Ronda Uruguay se puso de manifiesto que la inclusión del principio de la NMF en el AGCS no hubiera sido ampliamente aceptada de no haber sido dotado de cierta flexibilidad, toda vez que algunos de los Estados negociadores aplicaban medidas incompatibles con el principio⁸⁸. Por esta razón, el AGCS previó que, a través

⁸⁴F. Weiss, “The General Agreement on Trade in Services 1994”, *Common Market Law Review*, Vol. 32, No. 5, October 1995, p. 1196.

⁸⁵A. K. Abu-Akeel, “The MFN as it Applies to Service Trade. . .”, *op. cit.*, pp. 119 y 124.

⁸⁶F. Weiss, “The General Agreement on Trade in Services . . .”, *op. cit.*, p. 1188.

⁸⁷Y. Wang, “Most-Favored-Nation Treatment . . .”, *op. cit.*, pp. 94-95.

⁸⁸Secretaría de la OMC, *Introducción al acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS)*. OMC Doc. S/n , octubre de 1999, p. 4.

del establecimiento excepciones, los miembros pudieran mantener algunas medidas discriminatorias a la entrada en vigor de la OMC⁸⁹. Estas excepciones constan en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II en el que se especifica el sector, tipo de medida, duración de la excepción y los argumentos con los que la justifica⁹⁰. Las solicitudes de exención presentadas después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC se sujetan a un procedimiento adopción que requiere la aprobación por tres cuartos de los miembros⁹¹. En principio las exenciones no deben exceder un plazo de 10 años, pero cabe la posibilidad de que una vez expirado este término se vuelva a negociar la exención⁹². A más tardar, el quinto año serán examinadas por el Consejo del Comercio de Servicio las excepciones otorgadas por más de cinco años, para determinar si aún subsisten las condiciones que motivaron la adopción de la exención y de ser necesario fijará la fecha para un nuevo examen.⁹³

Por otro lado, el AGCS también establece que sus disposiciones no se interpretarán en el sentido de impedir a los miembros la concesión de ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente⁹⁴. Esta disposición vendría a cumplir la función que realiza en el GATT el artículo XXIV; es decir, facilitar la integración económica regional⁹⁵. De este modo, quedan exentos de conceder trato de la NMF los países parte en acuerdos de integración regional a condición de que tal

⁸⁹ Véase párrafo 1 del artículo II del AGCS.

⁹⁰ Párrafo 4 del artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC.

⁹¹ Véase párrafo 2 del artículo II del AGCS en relación con el párrafo 3 del artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC. Una nota al pie de esta última disposición establece que: “Las decisiones de conceder una exención respecto de una obligación sujeta a un período de transición o a un período de aplicación escalonada que el miembro solicitante no haya cumplido al final del período correspondiente se adoptarán únicamente por consenso”.

⁹² Párrafo 6 del Anexo sobre exenciones de las obligaciones del artículo II del AGCS.

⁹³ *Ibid.*, párrs. 3 y 4.

⁹⁴ Párrafo 3 del artículo II del AGCS.

⁹⁵ F. Weiss, “The General Agreement on Trade in Services . . .”, *op. cit.*, p. 1198.

acuerdo cuente con una cobertura sectorial sustancial⁹⁶, elimine en lo esencial toda discriminación entre las partes y prohíba nuevas medidas discriminatorias⁹⁷.

C) EL PRINCIPIO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA OMC: ART. 4 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

La presencia del principio de la NMF en el Acuerdo sobre los ADPIC es una verdadera innovación por parte del Sistema Multilateral del Comercio, pues nunca antes un acuerdo internacional sobre protección de la propiedad intelectual lo había incluido. Además, la función que cumple en el régimen no es menor y, para algunos autores, este principio se eleva a la categoría de fundamental y esencial, ya que las enmiendas de la disposición que lo articula surtirán efecto únicamente por la aceptación de todos los miembros convirtiéndolo en un principio prácticamente inamovible⁹⁸.

1. *La articulación del principio de la nación más favorecida en el Acuerdo sobre los ADPIC*

El artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que, con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás miembros. La función de este principio consiste en corregir las posibles insuficiencias del principio del TN⁹⁹. Efectivamente, como observa D. Gervais, la cláusula de la NMF tiene particular importancia cuando una ventaja ha sido otorgada por un miembro a los ciudadanos de cualquier otro país por un acuerdo bilateral pero no está sujeta al trato nacional (ya sea

⁹⁶ Esta condición se entiende en términos de número de sectores, volumen de comercio afectado y modos de suministro. Para cumplir esta condición, en los acuerdos no deberá establecerse la exclusión *a priori* de ningún modo de suministro.

⁹⁷ Párrafo 1 del artículo V del AGCS.

⁹⁸ Apartado 2 del art. X del acuerdo por el que se establece la OMC. Véase también S. D. Bergel, "Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs . . .", *op. cit.*, pp. 57-59.

⁹⁹ A. Casado y B. Cerro, *GATT y propiedad industrial. . .*, *op. cit.*, pp. 84-85.

porque quede comprendida en una excepción o porque no se aplica a los nacionales del país en cuestión)¹⁰⁰. Así, además de favorecer la uniformidad en las relaciones comerciales multilaterales, el principio de la NMF hará menos atractiva la idea de conceder ventajas comerciales a través de acuerdos bilaterales, toda vez que las ventajas otorgadas por este medio serían extendidas por virtud del artículo 4 a todas las partes del GATT¹⁰¹. Ahora bien, el Acuerdo sobre los ADPIC permite, en ciertos casos, algunas excepciones al principio de la NMF.

2. *Las excepciones específicas del artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC*

El artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC enumera cuatro excepciones aplicables al principio de la NMF. En primer lugar, no será exigible el trato de la NMF en los casos de ventajas que deriven de los acuerdos internacionales sobre asistencia judicial o sobre observancia de la ley de carácter general y no limitados específicamente a la protección de la propiedad intelectual. Para algunos autores, la naturaleza bilateral de los acuerdos de asistencia judicial justifica, al menos en parte, la presencia de esta excepción en el Acuerdo sobre los ADPIC¹⁰². En segundo lugar, siguiendo la lógica de la incorporación por referencia del Convenio de Berna (1971) y de la Convención de Roma¹⁰³, son aplicables al Acuerdo sobre los ADPIC aquellas excepciones permitidas por estos tratados internacionales¹⁰⁴. En tercer lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC reconoce como válidas las excepciones que se refieran a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de

¹⁰⁰ D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis . . .*, *op. cit.*, p 104.

¹⁰¹ H. Ullrich, "TRIPS: Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition Policy", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 4, March 1995, p. 183; S. D. Bergel, "Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs . . .", *op. cit.*, p. 60.

D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis . . .*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰³ Estos acuerdos aparecen citados en el Acuerdo sobre los ADPIC en los artículos. 1.3, 2.2, 3.1, 4 b) Art. 9 .1, 10.1, 14. (3) y (6), 70 .2.

¹⁰⁴ De la Convención de Berna son aplicables, en este sentido, los artículos. 2 (7), 6 (1), 7 (8), 14 *ter* (1) y (2) y (8) y 30(2) (b). De la Convención de Roma los artículos 15, 16 (i) a) iv) y b).

radiodifusión, que no estén previstos en el acuerdo. Por último, este principio no se aplica a las ventajas resultantes de acuerdos previos a la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC¹⁰⁵. Por esta razón, D. Gervais considera que este principio, a corto plazo, tendrá un impacto limitado¹⁰⁶. Es importante decir que, los acuerdos previos a la entrada en vigor de la OMC, para salvar la aplicación del principio de la nación más favorecida, deben ser notificados al Consejo de los ADPIC y no deben constituir una discriminación arbitraria o injustificable.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Artículo 4 d) del Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁰⁶ D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis . . .*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁷ No está claro cuáles serían las consecuencias de que un acuerdo internacional se notificara después de que se ha negado el trato de la NMF a un miembro de la OMC. Se podría pensar que las infracciones al principio del trato nacional previas a la notificación deberán ser compensadas. Sin embargo, en el sistema multilateral del comercio –dada la naturaleza prospectiva de sus remedios– no existen mecanismos para compensar por actos que tuvieron lugar antes de la notificación. Adicionalmente, el Acuerdo sobre los ADPIC no establece ninguna sanción específica por las notificaciones hechas fuera de tiempo. *Ibid.*, p. 105.

Capítulo VI

**LA PROTECCION DE LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE EN EL
SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO**

Con la institucionalización del régimen internacional del comercio, el desarrollo sostenible se añadió a las metas de apertura comercial y crecimiento económico¹. Para alcanzar el desarrollo sostenible es indispensable que las políticas ambientales y comerciales se apoyen mutuamente². Así, es necesario, por un lado, que las políticas comerciales no se utilicen para proteger a la industria nacional de la competencia extranjera y, por otro lado, que los acuerdos del régimen del comercio internacional no sean un obstáculo para que los países miembros adopten medidas de protección ambiental. La protección del medio ambiente pretende lograrse a través de excepciones generales tanto en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) como en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y de excepciones específicas en el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC)³. El objetivo del presente capítulo es analizar el funcionamiento de estas excepciones. Es importante decir que en el régimen del comercio internacional, por lo general, aunque no es así en todos los casos, la

¹ Véase el preámbulo del *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC)*, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, en vigor desde el 1º de enero de 1995 (BOE, 24 de enero de 1995, No. 20).

² *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, Tomo II, Madrid: MOPT, 1992, capítulo 39, inciso d) y párr. 2.19.

³ El texto del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio –en lo sucesivo el GATT–, del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios –en lo sucesivo el AGCS– y del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio –en lo sucesivo el Acuerdo sobre los ADPIC– puede consultarse, respectivamente, en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25 y 503-583; 341-380 y; 381-419.

regulación de la protección del medio ambiente es paralela a la regulación de la protección de la salud⁴. Este es el motivo por el que se examinan de manera conjunta.

El capítulo está dividido en tres partes. En la primera parte se analizan las excepciones ambientales previstas en los incisos b) y g) del artículo XX del GATT en donde se abordan cuestiones de interpretación y aplicación. La segunda parte estudia el funcionamiento de las excepciones ambientales del AGCS, las condiciones de la cláusula introductoria y del inciso b) del artículo XIV, así como la controversia en torno a su alcance material. En la tercera parte se examina la forma en que el Acuerdo sobre los ADPIC aborda las cuestiones de salud y medio ambiente, con especial atención a las normas sobre patentes. Así, hacemos referencia al artículo 8.1 del Acuerdo sobre los ADPIC y al párrafo 19 de la Declaración de Doha que establecen una regla de interpretación del acuerdo de forma que se apoye la protección de la salud y otros objetivos de orden público. También son analizadas las excepciones de patentabilidad aplicables a algunos elementos del medio ambiente de los párrafos 2 y 3 del artículo 27. El capítulo termina con una breve referencia a los aspectos analizados por el Consejo del Acuerdo sobre los ADPIC en el examen del artículo 27.3.

I. LAS EXCEPCIONES AMBIENTALES EN EL COMERCIO DE MERCANCÍAS

El artículo XX tiene la finalidad de garantizar que el GATT no impida que los países miembros adopten medidas comerciales incompatibles con sus disposiciones para

⁴ La íntima relación que existe entre la protección del medio ambiente y la salud en los acuerdos del sistema multilateral del comercio se refleja en la doctrina. Véase, por ejemplo, P. Goldman y M. Wagner, *The case for rethinking the WTO: the full story behind the WTO's environment and health cases*, San Francisco: Earthjustice Legal Defense Fund, 1999. Disponible en línea en: (<http://www.earthjustice.org/regional/international/thecase.pdf>); U. Grote y S. Kirchhoff, *Environmental and food safety standards in the context of trade liberalization: issues and options*, Bonn: Center for Development Research, 2001. (ZEF-discussion papers on development policy; 39) (http://www.zef.de/download/zef_dp/ZEF-DP-39.PDF).

lograr algunos objetivos de orden público⁵. La protección del medio ambiente en gran medida logra justificarse como objetivo de orden público implícitamente en los incisos b) y g) del artículo XX.

A) NORMATIVIDAD Y HERMENEUTICA DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

La interpretación de la relación que existe entre el artículo XX y el resto las normas del GATT ha llevado a una aplicación restringida de sus excepciones, incluso ha hecho surgir algunas dudas sobre la naturaleza jurídica de esta disposición.

1. *La discutida normatividad del artículo XX del GATT*

Los Grupos Especiales han considerado que las excepciones del artículo XX no son normas positivas que establezcan por sí mismas obligaciones, sino que tienen un carácter limitado, condicionadas a las obligaciones impuestas por otras normas del GATT⁶. Este razonamiento es cuestionable, ya que el límite material de las excepciones del artículo XX se establece en sus diversos incisos y las condiciones son sólo aquellas enumeradas en su cláusula introductoria⁷.

La primera vez que el Órgano de Apelación interpretó las excepciones ambientales del artículo XX reconoció que puedan invocarse como derechos legales – posteriormente también observó que tienen el carácter de defensa afirmativa y, por lo

⁵ Informe del Grupo Especial en el caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos e impuestos internos sobre cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párrs. 73 y 74. Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Canadá - Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*. GATT Doc. BISD 35S/109, adoptado el 22 de marzo de 1988, párr. 4.6.

⁶ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991. GATT Doc. DS21/R - 39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Informe no adoptado), párr. 5.22.

⁷ D. Mcrae, “GATT Article XX and the WTO Appellate Body”, en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Great Britain: Kluwer Law International, 2000, p. 230. Ahora bien, conviene observar que son las medidas en sí, no los objetivos, los que deben satisfacer los requisitos del artículo XX. De este modo, no son objeto de examen o cuestionamiento las elecciones hechas por los gobiernos en materia de medio ambiente. Véase el informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991 . . . , *op. cit.*, parr. 5.32.

tanto, la carga de probar su procedencia incumbe a quien la invoca⁸; no obstante, añadió que no deben aplicarse de manera que frustren o anulen las obligaciones legales que corresponden al titular del derecho en virtud de las normas sustantivas del Acuerdo General⁹. El Órgano de Apelación no explica porqué el artículo XX no merece ser calificado de norma sustantiva al igual que otras disposiciones del GATT. Algunos autores sostienen que esta interpretación coloca al artículo XX en un plano inferior respecto al resto de normas del acuerdo¹⁰. Por otro lado, la posición del Órgano de Apelación es ambigua cuando se trata de determinar de dónde deriva el carácter limitado y condicional de las excepciones del artículo XX, si de la cláusula introductoria o de otras normas del Acuerdo General¹¹. El preámbulo, en su opinión, debe trazar una línea de equilibrio entre los derechos del país importador conforme al artículo XX y los derechos del país exportador derivados de normas sustantivas como el artículo XI¹². El Órgano de Apelación no reconoce que cuando se aplica debidamente el preámbulo del artículo XX no hay necesidad de realizar ningún equilibrio de derechos¹³. En otras palabras, si una medida se justifica en los incisos b) o g) del artículo XX y además cumple con las condiciones establecidas en el preámbulo, el artículo XI no otorga ningún derecho a los países exportadores que precise ser equilibrado. Al incluir los derechos sustantivos de los países exportadores -como el artículo XI- en la interpretación del Artículo XX, habrá una tendencia a interpretar las excepciones de forma limitada y restringida para evitar una interferencia con los derechos sustantivos

⁸ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*. OMC. Doc. WT/DS/33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, pp. 362-364.

⁹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, p. 22 (versión en inglés).

¹⁰ S. Chanorvitz, “The Law of Environmental “PPMS” in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, Winter 2002, pp. 81 y 82.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998.

¹² *Ibid.*, párr. 159.

¹³ D. Mcrae, “GATT Article XX and the WTO Appellate Body. . .”, *op. cit.*, p. 232.

en cuestión¹⁴. Esta interpretación va en contra de los objetivos previstos para el artículo XX de garantizar que las interpretaciones del GATT no obstaculicen la adopción de medidas comerciales para lograr objetivos de orden público de los miembros.

2. *El orden metodológico de análisis del artículo XX*

La procedencia de una excepción requiere examinar, en primer lugar, si la medida se justifica provisionalmente en los incisos b) o g) y, en segundo lugar, si cumple con las condiciones de la cláusula introductoria¹⁵. Para el Órgano de Apelación, interpretar el preámbulo en el sentido que evite el abuso o el uso indebido de las excepciones se hace muy difícil, si no imposible, si no se han identificado y examinado en primer lugar la excepción específica amenazada de abuso.¹⁶

3. *El ámbito de aplicación de los incisos b) y g) del artículo XX*

Los incisos b) y g) del artículo XX ya han sido invocados para intentar justificar medidas comerciales para proteger elementos ambientales fuera de la jurisdicción del país que impone la medida¹⁷. Antes de la creación de la OMC los Grupos Especiales habían interpretado que este tipo de medidas no se justificaban en los incisos mencionados. Concretamente se sostuvo que las medidas unilaterales que buscan lograr un cambio en las políticas de protección ambiental de terceros países no tenían cabida en las excepciones del artículo XX¹⁸. Una vez creada la OMC el Órgano de Apelación

¹⁴ S. Charnovitz, “The Law of Environmental “PPMS”. . .”, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

¹⁵ Informe del Órgano de Apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* . . ., *op. cit.*, p. 22 (versión en inglés).

¹⁶ Cuando un Grupo Especial invirtió el orden de análisis el Órgano de Apelación revocó el informe argumentando error de interpretación jurídica. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . ., *op. cit.*, párrs. 120 y 122.

¹⁷ Anteriormente, en este estudio, hemos señalado que en general este tipo de medidas se relaciona con los procesos y métodos de producción de terceros países.

¹⁸ El Grupo Especial en el asunto *Atún-Delfines I* observó la historia legislativa demuestra que el inciso b) pretendió limitarse para la aplicación de medidas sanitarias dentro de la jurisdicción del país importador. La situación contraria, en su opinión, daría como resultado que por virtud del inciso b) cada país podría

sostuvo que condicionar el acceso al mercado interno de un miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política o unas políticas unilateralmente prescritas por el miembro importador puede ser un aspecto común de las medidas comprendidas en el artículo XX. En su opinión, exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas prescritas por el país importador no imposibilita *a priori* la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Añadió que una interpretación contraria inutiliza las excepciones del artículo XX¹⁹. Aunque los razonamientos anteriores podrían conducir a pensar que las medidas comerciales comprendidas en los incisos b) y g) pueden ser aplicadas para proteger bienes ambientales fuera de la jurisdicción del país importador, esto aún no está claro²⁰. En primer lugar, si bien es verdad el Órgano de Apelación en el caso dijo que este tipo de medidas no están *a priori* prohibidas, también subrayó que esto no era un pronunciamiento sobre si existe o no

imponer unilateralmente las políticas ambientales de las que el resto de países no podrían desviarse. En cuanto al inciso g), el mismo Grupo Especial observó que el requisito de la aplicación de restricciones conjuntas había sido interpretado en el sentido de que sólo podía cumplirse si las restricciones comerciales conjuntas estaban *destinadas principalmente a* hacer efectivas tales restricciones. En opinión del Grupo Especial, ya que los países sólo pueden controlar efectivamente la producción o consumo de un recurso natural agotable que se ubica dentro de su jurisdicción, el inciso g) del artículo XX no podía aplicarse extrajurisdiccionalmente. Véase el informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991 . . . , *op. cit.*, párrs. 5.25–5.27 y 5.31-5.32. Si bien es verdad el Grupo Especial en el asunto *Atún-Delfines II*, consideró que los incisos b) y g) no establecen ninguna limitación que apoye la conclusión de que los recursos naturales agotables o seres vivos que se desea proteger deban estar dentro de la jurisdicción territorial del país que aplica la medida, negó la calidad de excepción a la medida examinada precisamente porque interpretó que las medidas que buscan modificar las políticas de protección ambiental de terceros países no pueden considerarse necesarias, ni destinadas a la conservación en los términos exigidos por los incisos b) y g) del artículo XX. Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1994. GATT Doc. DS29/R, de 29 de junio de 1994 (Informe no adoptado), párrs. 5.27 y 5.39. En cualquier caso, los informes de los Grupos Especiales en los asuntos anteriores no fueron adoptados y, por lo tanto, no producen consecuencias jurídicas. El Órgano de Apelación dijo en una ocasión que los informes no adoptados de los Grupos Especiales del GATT o del Órgano de Solución de Diferencias no tienen estatus legal en la OMC. *Cfr.* Informe del caso Órgano de Apelación en el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*. . . , *op. cit.*, p. 15.

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*. . . , *op. cit.*, párr. 121.

²⁰ P. O'Brien, "Unilateral Environmental Measures After the WTO Shrimp-Turtle Decision", en: E. Brown Weiss y J. Jackson, *Reconciling Environment and Trade*, New York: Transnational Publishers, 2001, pp. 470-471.

una limitación jurisdiccional del inciso g) del artículo XX²¹. En segundo lugar, después de enfatizar que las tortugas que se deseaban proteger en sus migraciones nadaban por aguas del país importador, dijo que la medida se justificaba provisionalmente en el inciso mencionado porque existía *un vínculo suficiente* entre el bien ambiental y el país que buscaba protegerlo. Así, al parecer, la existencia de un vínculo jurisdiccional es necesaria para justificar una medida como excepción en el artículo XX²².

B) LA APLICACIÓN DE LOS INCISOS B) Y G) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

1. *El inciso b) y las normas sobre su aplicación*

El inciso b) permite a los países miembros de la OMC adoptar las restricciones comerciales que resulten *necesarias* para la protección de la salud de las personas, animales y la preservación de los vegetales. La cuestión por lo tanto es definir cuándo una medida comercial puede considerarse necesaria para proteger los objetivos citados. Comúnmente a este examen se le conoce como “la prueba de la necesidad”. Actualmente, para que una medida no sea considerada *necesaria* para la protección es preciso que el país importador teniendo a su disposición otras opciones menos restrictivas para el comercio e igualmente eficaces para proteger la salud de las personas, animales y la preservación de los vegetales deliberadamente hubiera optado por aplicar una medida más restrictiva²³.

²¹ Aunque en el caso se analizaba sólo el inciso g) del artículo XX, un pronunciamiento sobre su ámbito espacial de validez hubiera podido ser aplicable también al inciso b), pues en el contexto de sus argumentos del Órgano de Apelación se ocupaba de analizar a las excepciones del artículo XX en general.

²² Véase B. Simmons, “In Search of Balance: An Analysis of the WTO Shrimp/Turtle Appellate Body Report”, *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 24, 1999, p. 440; C. Wofford, “A Greener Future at the WTO: The Refinement of WTO Jurisprudence on Environmental Exceptions to GATT” *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 24, 2000, No. 2, p.584. Para una opinión en contra véase H. Chang, “Toward a Greener GATT: Environmental Trade Measures and the Shrimp-Turtle Case”, *Southern California Law Review*, Vol. 74, November 2000, pp. 34-36.

²³ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R 12 de marzo de 2001, p. 73. Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párr. 81. Informe del Órgano de

Ahora bien, el Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) desarrolla normas sobre la aplicación del inciso b) del artículo XX. De este modo, las medidas aplicadas para proteger la vida de las personas y animales o la salud de los vegetales, no sólo deberán satisfacer las condiciones del inciso b) y del preámbulo del artículo XX, sino también las del Acuerdo MSF²⁴.

Para promover la armonización, el Acuerdo MSF dispone que los miembros, al establecer los niveles de protección sanitaria o fitosanitaria, se basarán en estándares internacionales²⁵. Ahora bien, en virtud de que entre algunos miembros existía el temor de que las normas de la OMC les obligaran ya sea a elevar o rebajar los niveles de protección ambiental que han elegido, el Acuerdo MSF permite a cada país adoptar el nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que consideren adecuado²⁶. Sin embargo, esta libertad es limitada, pues como veremos, invariablemente el nivel de protección de una medida deberá justificarse en la ciencia o en una evaluación de los riesgos²⁷.

El acuerdo establece que los miembros al aplicar medidas sanitarias y fitosanitarias deberán asegurarse que estén basadas en principios científicos²⁸. Sin embargo, permite la adopción de niveles de protección más estrictos que los establecidos en estándares internacionales si existe justificación científica suficiente, o si el país miembro considera que el nivel de protección elegido es adecuado de conformidad con el artículo 5²⁹. Las medidas que representen un nivel de protección por encima de los estándares internacionales no podrán ser incompatibles con ninguna otra

Apelación sobre el asunto *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafos, 162, 166 y 163.

²⁴ El texto del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –en lo sucesivo Acuerdo MSF– puede consultarse en: *Los resultados de la Ronda Uruguay. . . , op. cit.*, pp. 72-88.

²⁵ Artículo 3.1 del Acuerdo MSF.

²⁶ *Ibid.*, artículo 3.3.

²⁷ D. Victor, “The Sanitary and Phytosanitary Agreement of the World Trade Organization: An Assessment After Five Years”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 32, Summer 2000, p. 934.

²⁸ Artículo 2.2 del Acuerdo MSF.

²⁹ *Ibid.*, artículo 3.3.

disposición del acuerdo. Además, las medidas deberán basarse en una evaluación de los riesgos sanitarios o fitosanitarios utilizando técnicas reconocidas³⁰. Ahora bien, cuando no exista información científica suficiente, se podrán adoptar medidas provisionales. Sin embargo, los miembros deberán procurar información adicional que les permita realizar una valoración objetiva del riesgo³¹.

El Órgano de Apelación ha precisado que cuando los niveles de protección sean más elevados que los estándares internacionales deberán ser consistentes con las disposiciones restantes del acuerdo, incluido el artículo 5 que exige que las medidas estén basadas en una evaluación científica del riesgo³². El incumplimiento de llevar a cabo una evaluación del riesgo implica una violación del deber de basar las medidas en los principios científicos³³. Así, la libertad para determinar el nivel de protección de los países miembros es limitada³⁴. Por último, cabe mencionar que, en algunos casos, el principio de precaución se ha invocado para justificar la aplicación en este campo. Aunque el estatus legal de este principio en el Acuerdo MSF no ha sido definido, los Grupos Especiales han observado que este principio no puede ser invocado para dejar de cumplir la obligación de basar las medidas en una evaluación científica del riesgo³⁵.

³⁰ *Ibid.*, artículo 5.1.

³¹ *Ibid.*, artículo 5.7.

³² Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos*. OMC. Doc. WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, párrs. 175, 176 y 193. En relación con la justificación científica requerida por los artículos 2.2 y 3.3 cabe destacar que los miembros no están obligados en todos los casos a basar sus medidas en la posición científica mayoritaria, las opiniones divergentes de una minoría puede ser suficiente a efectos de justificación. Algunos autores argumentan que de esta manera se debilita la exigencia de justificación científica, porque siempre será posible presentar testimonios científicos que apoyen un determinado punto de vista. C. Thorn y M. Carlson, "The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade", *Law & Policy in International Business*, Vol. 31, No. 3, Spring 2000, p. 846. En cualquier caso, serán los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación los que decidan si la evidencia es suficiente.

³³ *Ibid.*, párr. 193.

³⁴ J. Wagner, "The WTO's Interpretation of the SPS Agreement Has Undermined the Right of the Governments to Establish Appropriate Levels of Protection Against Risks", *Law & Policy in International Business*, Vol. 31, No. 3, Spring 2000, pp. 855-857.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne . . .*, *op. cit.*, párrs. 124 y 125. Sobre el principio de precaución véase D. Freestone y E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law [The Challenge of Implementation]*, The Hague:

2. *El inciso g) del artículo XX*

El inciso g) permite las restricciones comerciales relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, siempre y cuando se apliquen conjuntamente restricciones a la producción y consumo nacionales. La aplicación de esta excepción precisa determinar qué es un *recurso natural agotable*, cuándo una medida se considera *relativa a la conservación* y qué significa restricciones *conjuntas* a la producción y al consumo. El término *recurso natural agotable* ha sido interpretado de forma muy amplia, comprendiendo cualquier recurso natural que pueda ser llevado al borde de la extinción por las actividades humanas. Esta interpretación engloba incluso los recursos naturales vivos a pesar de que en sentido estricto son renovables³⁶. Por otro lado, el Órgano de Apelación ha dicho que para que una medida sea considerada relativa a la conservación debe existir una auténtica relación entre los medios (la restricción) y los fines (el bien ambiental a proteger)³⁷. Por último, la condición de aplicar restricciones conjuntas a la producción y consumo doméstico se satisface si las limitaciones comerciales no recaen únicamente sobre los productos importados³⁸.

Los Grupos Especiales del GATT de 1947 se caracterizaron por realizar interpretaciones poco textuales de los incisos b) y g), añadiendo condiciones artificiales que ninguna medida de protección ambiental logró satisfacer. Con la creación de la OMC la solución de controversias en el marco del Acuerdo General sufrió una evolución positiva. Por medio de una interpretación literal del GATT el Órgano de Apelación ha eliminando las condiciones artificiales que habían sido añadidas a los incisos b) y g). De hecho, todas las medidas analizadas en controversias posteriores a la

Kluwer Law International, 1996. También P. Jiménez de Parga, *El Principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*, Madrid: La Ley, 2001.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones* . . ., *op. cit.*, párrs. 128 y 130.

³⁷ *Ibid.*, párr. 136.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. . ., *op. cit.*, p. 24.

creación de la OMC han logrado satisfacer sin demasiadas complicaciones las condiciones establecidas en estos incisos. Por razones de espacio aquí sólo hemos mencionado la forma en que actualmente son interpretados estos incisos. Aunque las interpretaciones del Órgano de Apelación permiten que una medida logre fácilmente justificarse de forma provisional en los incisos b) y g) del artículo XX del Acuerdo General, también ha conseguido que sea difícil que logren satisfacer las condiciones establecidas en la cláusula introductoria de tal disposición. Sólo una ha logrado cumplir las condiciones de la cláusula introductoria y no se trataba de una medida de protección ambiental, sino de una medida sanitaria destinada a proteger la salud dentro del territorio del país que la aplicaba³⁹. El problema ha sido que, a diferencia de los incisos b) y g), los términos del preámbulo no han sido interpretados literalmente.

C) LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA INTRODUCTORIA DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

La cláusula introductoria del artículo XX pretende evitar el uso indebido de las excepciones y, por lo tanto, requiere que las medidas que busquen justificarse en éstas no constituyan un medio de *discriminación arbitraria* o *injustificable* entre países en los que prevalezcan las mismas condiciones o una *restricción encubierta* al comercio.

1. *Los elementos para determinar cuándo la discriminación esta justificada*

En algunas decisiones el Órgano de Apelación ha dicho que una discriminación injustificable sería aquella que podía haberse "previsto" y que no fue "meramente

³⁹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto* . . ., *op. cit.* Para un comentario sobre este informe véase E. J. Martínez, “La salud pública en el GATT de 1994 y en el Acuerdo OTC: comentario al informe del Órgano de apelación de la OMC Comunidades Europeas – Medidas que afectan el amianto y a los productos que contienen amianto”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Vol. 215, 2001, pp. 74-89.

voluntaria o inevitable".⁴⁰ En otras decisiones, ha considerado que si un país no ha realizado esfuerzos de buena fe para alcanzar acuerdos internacionales de protección del bien ambiental en cuestión con todos los países que puedan verse afectados por la medida ésta sería injustificable. En este punto se introduce una condición que no tiene fundamento en el texto del artículo XX, quedando manifiesta la tendencia del Órgano de Apelación de interpretar el preámbulo como un equilibrio de intereses, que en el caso se lograría a través de la negociación. Aunque el Órgano de Apelación cita el principio 12 de la Declaración de Río que establece una preferencia por las medidas basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales para luchar contra los problemas ambientales transfronterizos o globales, esta declaración no es vinculante⁴¹. El Órgano de Apelación equipara prácticamente el unilateralismo con la discriminación injustificable y convierte el multilateralismo en obligatorio más que en preferible⁴². Más aún, no hay una relación directa entre la discriminación injustificable y el unilateralismo. La discriminación puede resultar de una negociación del mismo modo que la aplicación unilateral de una medida no es *per se* discriminatoria⁴³. Es interesante observar que esta forma de interpretar la discriminación, en algunos casos, también puede afectar a las medidas comerciales adoptadas para lograr objetivos de los acuerdos multilaterales de protección ambiental; particularmente, las medidas aplicadas a Estados no Partes en los acuerdos y las medidas comerciales que, aun siendo aplicadas entre Partes, no son específicas.

⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. . . , *op. cit.*, p. 32.

⁴¹ Véase Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 14 de Junio de 1992. (UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁴² El Órgano de Apelación en decisiones recientes sobre el mismo asunto, ha señalado que la obligación de negociar, no se traduce en obligación de concluir un acuerdo. Informe del Órgano de Apelación al recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD en el asunto *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*, OMC. Doc. WT/DS58/AB/RW, de fecha 22 de octubre de 2001, p. 40.

⁴³ D. McRae, "GATT Article XX and the WTO Appellate Body", en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Great Britain: Kluwer Law International, 2000, p. 231.

Adicionalmente, el hecho de que el Órgano de Apelación, para justificar la adición de la exigencia de celebrar negociaciones de buena fe a las condiciones del preámbulo, haya citado el principio 12 de la Declaración de Río, podría ser interpretado como una deferencia hacia las medidas multilaterales sobre las unilaterales desde el régimen del comercio internacional. Efectivamente, pese a que mucho se ha discutido sobre la importancia de dar cabida a este tipo de medidas en el contexto de la OMC, la exigencia de realizar negociaciones de buena fe es la única deferencia *potencial* hacia las medidas multilaterales de protección ambiental que puede encontrarse en las normas o en la jurisprudencia de la OMC.

En cualquier caso, hay razones para pensar que el Órgano de Apelación al exigir la celebración de consultas, más que favorecer las opciones multilaterales, pretendía evitar un rasgo discriminatorio de la medida examinada. La ley origen de la restricción comercial que dio lugar a la diferencia en la que el Órgano de Apelación incorporó esta nueva exigencia ordenaba al Secretario de Estado estadounidense celebrar negociaciones encaminadas a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países para la protección y conservación de las especies de tortugas marinas⁴⁴. El Órgano de Apelación observó que estas negociaciones se habían realizado con algunos países, pero con otros no -entre los que se encontraban los apelantes- y, por lo tanto, afirmó que, ya que los Estados Unidos no habían realizado esfuerzos de buena fe para alcanzar acuerdos internacionales de protección del bien ambiental en cuestión con todos los países que puedan verse afectados, la medida era injustificable⁴⁵. Si consideramos que la medida examinada trataba de evitar riesgos a una especie en peligro de extinción protegida por un AMUMA -CITES- en el que *todos* los países

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 167.

⁴⁵ *Ibid.*, párrs. 169 y 172.

involucrados en la diferencia eran Partes y que, además, prevé entre sus disposiciones el uso de medidas comerciales, podemos concluir que el Órgano de Apelación no estaba pidiendo a los Estados Unidos que favoreciera las opciones multilaterales sobre las unilaterales, estaba pidiendo que tratara de la misma forma a todos los Estados y, en este caso concreto, la diferencia en el trato incidentalmente versaba sobre la celebración de negociaciones⁴⁶. De otra manera no se explica por qué el Órgano de Apelación habría de pedir la celebración de nuevas negociaciones entre los mismos países para proteger el mismo elemento ambiental en donde se autorizarán medidas del tipo aplicadas. Por lo tanto, al parecer la exigencia de celebrar negociaciones es producto de la casualidad y no de una preferencia por las opciones multilaterales. De hecho, es difícil imaginar que el Órgano de Apelación hubiera incorporado la exigencia de realizar negociaciones de buena fe a las condiciones del preámbulo si, por ejemplo, la ley estadounidense, en lugar de exigir negociaciones, hubiera ordenado al Secretario de Estado facilitar ayuda financiera para implementar el programa de protección de tortugas y sólo algunos países hubieran recibido dicha ayuda. No está claro, por lo tanto, hasta qué punto el pronunciamiento del Órgano de Apelación facilita la justificación de una medida comercial adoptada en el contexto de un AMUMA.

Por otro lado, el Órgano de Apelación también ha dicho que una discriminación injustificable no sólo tiene lugar cuando los países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente, sino también cuando la aplicación de la medida es rígida e inflexible y no permite una investigación para determinar si el programa reglamentario exigido es apropiado a las condiciones que prevalecen en esos países

⁴⁶ El propio Órgano de Apelación reconoce que todas las partes en la diferencia son partes en un acuerdo multilateral de protección ambiental que protege a las tortugas marinas y que entre otros instrumentos de protección contempla el uso de restricciones comerciales. Véase Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 135, nota al pie 121.

exportadores⁴⁷. Este razonamiento tampoco se apoya en el texto del preámbulo del artículo XX. En lugar de considerar que la discriminación se justifica porque entre los países afectados existen condiciones diferentes, niega justificación a la discriminación precisamente porque no tiene en cuenta que entre los países afectados prevalecen condiciones distintas⁴⁸. Una vez más la única forma de dar sentido a este razonamiento es considerar que el Órgano de Apelación interpreta su tarea de aplicar el preámbulo como un equilibrio de intereses⁴⁹.

Así, la jurisprudencia del GATT/OMC aún no ha desarrollado ningún estándar claro de racionalidad que permita determinar cuándo la discriminación puede justificarse o no es arbitraria. No obstante, ha rechazado categóricamente las iniciativas de algunos países en ese sentido. Cuando en el asunto *Camarón-Tortugas* se sugirió que la política de la excepción del artículo XX podría ser la base para determinar la justificación de una diferencia de trato a los productos de diferentes países, el Órgano de Apelación negó razón a tales argumentos y dejó claro que, en su opinión, el objetivo de la medida se analiza al determinar si se justifica provisionalmente en los incisos b) y g), pero no podía ser la base para establecer su justificación a la luz del preámbulo del artículo XX⁵⁰. Esta interpretación priva al preámbulo del único punto de referencia que permitiría aplicar debidamente la exigencia de justificar una discriminación.

A diferencia de lo que opina el Órgano de Apelación, las únicas condiciones pertinentes para determinar que entre dos países no existen las mismas condiciones

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 165.

⁴⁸ S. Gaines, “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Winter 2001, p. 785.

⁴⁹ La aplicación uniforme de la medida en el caso no tomaba en cuenta los intereses de los Estados afectados. Sin embargo, la interpretación del Órgano de Apelación da lugar en el preámbulo a la consideración de tales intereses. D. McRae, “GATT Article XX and the WTO Appellate Body. . .”, *op. cit.*, p. 231.

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párrs. 13 y 149.

deben tener una relación directa con el objetivo de orden público que se pretende lograr⁵¹. Sería ilógico que cuando se analiza una medida para determinar si encuentra justificación en el artículo XX se tomara en cuenta condiciones imperantes en los distintos países que no guardan relación con el elemento ambiental que se desea proteger. Por ejemplo, una restricción aplicada para proteger recursos naturales agotables debe poder discriminar entre distintas naciones dependiendo de factores relevantes para el objetivo de conservación, verbigracia, si existe el recurso a proteger en el país afectado por la medida, o si sus políticas de conservación son efectivas⁵².

2. *Restricción encubierta al comercio internacional*

El Grupo Especial en el asunto *Asbestos* sostuvo que una interpretación literal de esta condición del preámbulo lleva a concluir que una restricción comercial para ser considerada encubierta debe tener la intención oculta de restringir el comercio detrás de supuesta una preocupación ambiental⁵³. Es decir, el objeto de análisis es el propósito de la medida no su anuncio público. El Grupo Especial añadió que en el análisis de esta condición se debe tomar en cuenta la *aplicación objetiva* de la medida como lo propuso el Órgano de Apelación en la interpretación del concepto producto similar en el contexto del artículo III⁵⁴. Ya hemos mencionado antes que el estudio del proteccionismo a través del examen de su aplicación objetiva sin considerar el estudio de la evidencia objetiva del propósito normativo –buena fe– es inadecuado para

⁵¹ S. Gaines, “The WTO’s Reading of the GATT. . .” *op. cit.*, p. 780.

⁵² Por otro lado, una restricción comercial para proteger un recurso natural agotable que discrimina con base en condiciones prevalecientes entre países que no tiene relación con el objetivo de protección, por ejemplo, con base en las diferencias en la estabilidad política entre los países, sería injustificable.

⁵³ Informe del Grupo Especial en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos . . .*, *op. cit.*, p. 544.

⁵⁴ *Idem*. Véase también informe del Órgano de Apelación en el caso *Japón - Impuesto sobre las bebidas alcohólicas. . .*, *op. cit.*, p. 34. Aunque este criterio se refiera al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial no vio porqué no sería aplicable en otras circunstancias cuando debe determinarse si una medida se aplica con fines de protección.

distinguir las restricciones encubiertas al comercio internacional de las políticas basadas en consideraciones ambientales auténticas.

En el AGCS también existen excepciones de carácter general que habilitan a los Estados a adoptar restricciones para lograr determinados objetivos de orden público entre los que se encuentran comprendidos algunos elementos del medio ambiente.

II. LAS EXCEPCIONES GENERALES EN EL COMERCIO DE SERVICIOS

Las excepciones generales del AGCS se establecen en el artículo XIV. Las medidas comprendidas en esta disposición están exceptuadas de todos los compromisos y obligaciones dimanantes del AGCS y no requieren consignarse en las listas de compromisos específicos sobre acceso a los mercados, trato nacional u otros compromisos adicionales⁵⁵. Evidentemente, las restricciones aplicadas a aquellos sectores en los que no existan compromisos específicos o que estén sujetos a limitaciones no requerirán justificarse como excepciones generales.⁵⁶

El inciso b) del artículo XIV -de contenido idéntico al inciso b) del artículo XX del GATT- es la norma que permitiría justificar una restricción comercial al sector de los servicios para proteger algunos elementos del medio ambiente. Para evitar el uso indebido de las excepciones, el artículo XIV contiene una serie de condiciones que una

⁵⁵ Consignación en listas de los compromisos iniciales en la esfera del comercio de servicios: Nota explicativa. GATT Doc. MTN.GNS/W/164 3 de septiembre de 1993, párr. 13. Véase también World Trade Organization, *GATS Fact and Fiction*, Geneva: World Trade Organization, 2001, p. 17.

⁵⁶ La liberalización de los servicios ha alcanzado ya sectores cuyo suministro tradicionalmente había sido monopolizado por las administraciones públicas como el control de la contaminación y la gestión de desechos. En el contexto del AGCS algunos miembros, no todos, han asumido compromisos de acceso a los mercados y de trato nacional respecto a los suministradores de servicios ambientales. En principio, las excepciones ambientales del artículo XIV son aplicables en todos aquellos sectores en los que se consignaron compromisos respecto del suministro de servicios ambientales. No obstante, dado que la liberalización de los servicios ambientales se limita a aquellos servicios que permiten un mejor control de la contaminación -servicios de alcantarillado, de eliminación de desperdicios, de saneamiento, etc.- parece poco probable que sea necesario recurrir a las excepciones del artículo XIV para proteger el medio ambiente. Para un estudio detallado del comercio de servicios ambientales véase Consejo del Comercio de Servicios - *Servicios relacionados con el medio ambiente*. OMC Doc. S/C/W/46, del 6 de julio de 1998. Para una lista ejemplificativa de los sectores que comprenden los servicios ambientales véase Ronda Uruguay - Grupo de Negociaciones sobre Servicios - *Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios* - Nota de la Secretaría. GATT Doc. MTN.GNS/W/120, del 10 de Julio de 1991.

medida debe de cumplir para calificarla como excepción en términos muy similares a los utilizados en el preámbulo del artículo XX.

A) LA CLÁUSULA INTRODUCTORIA DEL ARTÍCULO XIV DEL AGCS

La cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS dispone que, a reserva de que las medidas que busquen lograr alguno de los objetivos de orden público expresamente enumerados en esta disposición no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del AGCS se interpretará en el sentido de impedir que un miembro adopte o aplique tales medidas⁵⁷.

1. *La jurisprudencia del GATT como guía para interpretar la cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS*

Aunque aún no se ha presentado la oportunidad para que los Grupos Especiales interpreten la cláusula introductoria del artículo XIV del AGCS podemos decir que, llegado el momento, probablemente se guiarán por las interpretaciones que en el contexto del GATT se han realizado al artículo XX. De este modo, es posible que las excepciones generales del AGCS sean interpretadas de forma restrictiva, para evitar que su uso anule los derechos de otros miembros derivadas de otras normas substantivas del acuerdo⁵⁸. Por otro lado, el orden metodológico de análisis para determinar la procedencia de las medidas comerciales requiera, en primer lugar, examinar si la restricción en cuestión encuentra justificación provisional en el inciso b) y, después, si cumple con las

⁵⁷ Cfr. artículo XX del GATT.

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párr. 159.

condiciones contenidas en la cláusula introductoria⁵⁹. Tanto en el AGCS como en el GATT la carga de probar la procedencia de una excepción corresponde al país que la invoque⁶⁰. Ahora bien, no en todos los casos es posible dar por sentado automáticamente que la interpretación de un acuerdo pueda ser transferible a otro acuerdo. A continuación nos ocuparemos de analizar aquellos aspectos particulares que se presentan al interpretar la cláusula introductoria y el inciso b) del artículo XIV.

2. *Las particularidades en la interpretación de las condiciones de la cláusula introductoria del AGCS*

Las únicas diferencias textuales entre la redacción de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT y la del artículo XIV del AGCS es que mientras que el primero de estos acuerdos prohíbe la discriminación arbitraria o injustificable entre países en los que prevalezcan las *mismas condiciones* y las restricciones encubiertas *al comercio internacional*, el artículo XIV del AGCS dice “en que prevalezcan *condiciones similares*, o una restricción encubierta *al comercio de servicios*”. En un capítulo anterior hemos tenido oportunidad de mencionar que existen cuatro formas distintas de suministro de servicios y dependiendo del caso concreto la interpretación de la referencia a “condiciones similares” puede influir en los exámenes de legalidad. Como ha observado el CCMA, la prohibición a la discriminación arbitraria o injustificable entre países en que prevalezcan *condiciones similares* sería aplicable a todos los países que realicen el suministro de servicios transfronterizo, pero no es probable que sea pertinente cuando la producción y prestación de un servicio tengan lugar en el territorio del miembro

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, p. 22 (versión en inglés).

⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*. OMC. Doc. WT/DS/33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, pp. 362-364.

importador.⁶¹ En este último caso las condiciones a tomar en cuenta serán las que prevalezcan en el país importador y no las que prevalezcan en los países de los que son nacionales los suministradores de servicios extranjeros. En otras palabras, el examen de legalidad se limitaría a analizar si la medida es una restricción encubierta al comercio de servicios, resultando improcedente un estudio que busque determinar si las condiciones que prevalecen en los países exportadores son similares.⁶²

B) LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA PROTEGER LA VIDA DE LAS PERSONAS Y ANIMALES Y LA SALUD DE LOS VEGETALES: ART. XIV INCISO B) DEL AGCS

El inciso b) del artículo XIV permite la adopción de medidas restrictivas al comercio de servicios que sean necesarias para la protección de la vida de las personas y animales y la salud de los vegetales. El contenido de esta disposición es idéntico al inciso b) del artículo XX. El CCMA ha apuntado que esta similitud parece indicar que la interpretación del inciso b) del artículo XIV del AGCS se verá influenciada por la jurisprudencia sobre el inciso b) del artículo XX del GATT⁶³. Ahora bien, en una ocasión el representante de la Secretaría de la OMC advirtió que no era posible dar por sentado automáticamente que la interpretación de la prueba de necesidad en un acuerdo pudiera ser transferible a otro acuerdo. No obstante, en el caso se comparaba la prueba de necesidad en materia de reglamentaciones nacionales con el inciso b) del artículo XX del GATT. Más aún, el representante de la Secretaría pretende distinguir entre la prueba de necesidad exigida en las *excepciones* de los incisos b) del artículo XX del GATT y XIV del AGCS de la exigida por otras disposiciones que establecen *obligaciones* como

⁶¹ *Medio Ambiente y Servicios*. OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párr. 34.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibid*, párr. 25.

el inciso b) del párrafo 4 del artículo VI del AGCS⁶⁴. Así pues, al igual que sucede en el inciso b) del artículo XX del GATT, “la prueba de necesidad” del apartado b) del artículo XIV requerirá para ser satisfecha que la medida aplicada sea, de las disponibles, la menos restrictiva para el comercio para alcanzar el objetivo de protección deseado⁶⁵. Obviamente, las imprecisiones sobre el ámbito especial de validez del inciso b) del artículo XX del GATT afectarán también al inciso b) del artículo XIV del AGCS, es decir, las medidas que busquen proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador requerían en otros puntos que exista un vínculo suficiente entre la medida y el bien a proteger⁶⁶.

El inciso b) del AGCS es el único párrafo del artículo XIV que aborda los intereses ambientales⁶⁷. Esta es una diferencia con el artículo XX del GATT con dos

⁶⁴ Véase Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, *informe de la reunión celebrada el 3 de diciembre de 2003*. OMC Doc. S/WPDR/M/24 22 de enero de 2004, párrs. 42 y 43. Véase también Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, *las "pruebas de necesidad" en la OMC*. OMC Doc. S/WPDR/W/27, 2 de diciembre de 2003, párrs. 5-7.

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. . . , *op. cit.*, p. 73. Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párr. 81. Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafos, 162, 166 y 163. Algunos sectores consideran que para los países en desarrollo es difícil invocar con éxito las excepciones ambientales del artículo XIV del AGCS. Particularmente complicado y oneroso ven el cumplimiento de la “prueba de necesidad” del inciso b) por parte de estos países en necesidad constante de mantener medidas y preceptos de interés general y de crear y aplicar nuevas medidas. Véase Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo y otros, *Cómo lograr que el comercio global sea beneficioso para la gente*, Londres: Earthscan Publications Ltd., 2003, p. 262.

⁶⁶ El CCMA ha reconocido esta situación al decir: “. . . Sin embargo, al igual que ocurre con el artículo XX del GATT de 1994, hay dos aspectos relativos al alcance de las medidas justificadas en el apartado b) del artículo XIV –a saber, si el apartado b) del artículo XIV [. . .] podría justificar, sobre todo en el contexto de un acuerdo multilateral sobre el medio ambiente, las medidas adoptadas para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales y para preservar los vegetales fuera de la jurisdicción del Miembro que las adopta . . .”. Por otro lado, es interesante observar que durante las negociaciones del inciso b) del artículo XIV se rechazó la sugerencia de incluir una referencia al “medio ambiente” pues se consideró que su incorporación podría ampliar el ámbito de esta disposición más allá de la jurisdicción de un miembro. *Medio Ambiente y Servicios*. OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párrs. 35 y 36.

⁶⁷ A diferencia del proyecto de acuerdo, el texto final del AGCS omite del artículo XIV algunas referencias al desarrollo sostenible, medio ambiente y la conservación de los recursos naturales agotables. Véase MTN.TNC/W/35/Rev. 1; también *Medio Ambiente y Servicios*. OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párr. 6.

incisos, el b) y el g), de potencial aplicación en materia de medidas comerciales de protección ambiental.

C) EL DEBATE SOBRE EL ALCANCE MATERIAL DE LAS EXCEPCIONES AMBIENTALES DEL AGCS

En las negociaciones del AGCS algunos países consideraban que el inciso b) era insuficiente para abarcar todos los elementos del medio ambiente que pueden requerir de protección. De esta manera, se propuso, al final sin éxito, que el AGCS incluyera un inciso que permitiera la adopción de restricciones comerciales para la protección de los recursos naturales agotables, de la misma forma que hace el GATT en el inciso g) del artículo XX. Al final la incorporación de una excepción en los términos sugeridos no prosperó por considerarse que no aportaría ninguna protección adicional a la prevista por el GATT⁶⁸.

Asimismo, ya que el artículo XIV no hace una referencia expresa al medio ambiente, el Comité del Comercio de Servicios solicitó al Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de la OMC un estudio para determinar si el artículo XIV permitiría a los miembros excepcionarse del resto de obligaciones del AGCS cuando resultaran necesarias restricciones comerciales a los servicios para la protección del medio ambiente⁶⁹. A este respecto, el CCMA no dio una respuesta clara, se limitó a observar que las restricciones al comercio de servicios para proteger el medio ambiente en ciertos casos determinados pueden no ser necesarias. Concretamente hizo referencia a la opinión

⁶⁸ *Medio Ambiente y Servicios*. OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párr. 8.

⁶⁹ El estudio del artículo XIV se encomendó al Comité de Comercio y Medio Ambiente a pesar de que el Comité del Comercio de Servicios previamente había observado que, dado que el objetivo característico de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente es la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales y la preservación de los vegetales, no era evidente la necesidad de otras disposiciones además de las que figuran en el apartado b) del artículo XIV. Véase *Decisión sobre el comercio de servicios y el medio ambiente*. OMC Doc. S/L/4, 4 de abril de 1995, adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 1º de marzo de 1995.

de algunos miembros que aseguran que al ser intangibles, los servicios no son contaminantes sí mismos, de modo que las consideraciones ambientales sólo pueden intervenir cuando el suministro de servicios está asociado al comercio de mercancías. También apuntó que tales consideraciones quedan ya comprendidas en las disposiciones de la OMC relativas al comercio de mercancías⁷⁰. Adicionalmente, el CCMA enfatizó que en muchos casos los servicios se encuentran incorporados o se complementan con un bien. En tal caso, una restricción aplicada a los bienes puede ser más efectiva amparándola en el inciso b) del artículo XX, evitando así la aplicación del inciso b) del artículo XIV del AGCS⁷¹. Por último, se dijo que las restricciones basadas en los procesos y métodos de producción de servicios, en algunos casos, no son tan controvertidas como sucede en el campo de los bienes. Esto se debe a que un importante número de servicios para ser suministrados requieren ser producidos en el territorio en el que van a ser consumidos. Así, las legislaciones nacionales sobre procesos y métodos de producción son aplicables tanto a los productores de servicios nacionales como a los proveedores extranjeros con presencia comercial o física en el territorio del país consumidor.

Para terminar resulta interesante comentar que el Comité de Comercio y Medio Ambiente ha sostenido que el artículo XIV no es la única opción que tienen a su alcance los miembros para aplicar restricciones comerciales a los servicios para proteger el medio ambiente incompatibles con otras normas del AGCS, otra posibilidad sería solicitar la renegociación de sus compromisos⁷².

⁷⁰ Véase el *informe del comité de comercio y medio ambiente*. OMC Doc. WT/CTE/1 del 12 de noviembre de 1996, párr. 154.

⁷¹ Por ejemplo, los servicios para la instalación de distintos tipos de tecnologías con efectos ambientales negativos. Una restricción aplicada a la maquinaria importada sería más efectiva para proteger el medio ambiente que una restricción aplicada al servicio de instalación de la maquinaria. *Medio Ambiente y Servicios*. OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párr. 32.

⁷² *Medio Ambiente y Servicios*. OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995, párr. 20.

III. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

Los derechos de propiedad intelectual en algunos casos pueden tener efectos negativos sobre diversos objetivos de interés público, como la salud de las personas y el medio ambiente⁷³. Siendo que los derechos de propiedad intelectual son necesarios para incentivar la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos y tecnologías, en el Acuerdo sobre los ADPIC se ha pretendido dar cabida a ambos intereses. La protección de la salud y de algunos elementos del medio ambiente se pretende lograr a través de Declaraciones Ministeriales, de principios de interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC y de algunas excepciones especiales⁷⁴.

A) LA EXIGENCIA DE INTERPRETAR EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC DE MANERA QUE SE APOYE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL INTERÉS PÚBLICO

Uno de los principios del Acuerdo sobre los ADPIC establece que los miembros en sus reglamentos pueden adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo

⁷³ El principal efecto negativo sobre la salud pública, como ha sido reconocido por la propia OMC, es el incremento en los precios de los medicamentos, afectando mayormente a los países más pobres. Esto se debe a que el sistema de patentes está diseñado para permitir a los titulares de las patentes fijar precios más altos que los que regirían en un mercado con libre competencia. *Declaración de los Estados Miembros de la OMC sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública*. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001, párrs. 1 y 3. Por otro lado, las cuestiones que se han abordado en los foros ambientales en relación con los derechos de propiedad intelectual son: la promoción de tecnologías ambientalmente racionales; acceso a la tecnología y su transferencia; tecnologías que pueden afectar negativamente al medio ambiente; patentabilidad de los materiales genéticos y las formas de vida; y aportación de los países/comunidades de origen del material genético. Véase CCMA, *El Medio Ambiente y los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. OMC Doc. WT/CTE/W/8, del 8 de junio de 1995, párr. 48; véase también D. Hunter, J. Sommer y S. Vaughan, "Concepts and Principles of International Environmental Law: An Introduction", *Environment and Trade Paper Number 2*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 1994, p. 11.

⁷⁴ La protección substantiva de la propiedad intelectual se realiza básicamente incorporando por referencia algunas disposiciones de acuerdos multilaterales en la materia, estableciendo niveles de protección mínimos, compromisos de trato nacional y de la nación más favorecida, obligando a los Estados a establecer en el ámbito doméstico medios administrativos y judiciales para recurrir las infracciones y, particularmente importante, permitiendo el recurso al órgano de solución de diferencias con facultad para autorizar sanciones comerciales.

socioeconómico y tecnológico, siempre que sean compatibles con el resto de disposiciones del acuerdo⁷⁵. Sin duda la protección del medio ambiente es de interés público y de importancia vital para el desarrollo de la vida en todos sus ámbitos, incluidos el social y económico, de modo que una interpretación que la incluya en el principio no parece ampliar en exceso sus términos⁷⁶. No obstante, algunos miembros, durante las negociaciones de la Declaración de Doha, opinaron que el principio descrito proporciona una menor protección para la salud pública que las excepciones del artículo XX b) del GATT y de los Acuerdos MSF y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)⁷⁷. En cualquier caso, la exigencia de que sean compatibles con el resto de normas del acuerdo limita cualquier interpretación excesivamente amplia.

En la Declaración Ministerial de Doha los miembros de la OMC también enfatizaron la importancia de que el Acuerdo sobre los ADPIC se aplique e interprete de manera que apoye la salud pública, promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos, y, a este respecto, adoptaron una Declaración aparte⁷⁸. Para C. Correa, esta declaración

⁷⁵ Párrafo 1 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta disposición también hace referencia a las medidas necesarias para proteger la nutrición de la población.

⁷⁶ La importancia de este principio ha sido particularmente resaltada por la Conferencia Ministerial de la OMC en el párrafo 19 de la Declaración de Doha. Pese a que el reconocimiento particular de su importancia no otorga al principio un estatus legal más elevado frente a otras disposiciones del acuerdo, para algunos autores, este reconocimiento puede guiar a los Grupos Especiales a interpretarlo ampliamente en el contexto del acuerdo como un todo. D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd Edition, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 120.

⁷⁷ Cfr. C. Correa, *Repercusiones de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, Departamento de Medicamentos Esenciales y Política Farmacéutica, Economía de la Salud y Medicamentos, Serie EDM No. 12, 2002, WHO/EDM/PAR/2002.3, p. 9.

⁷⁸ Declaración Ministerial de los Estados miembros de la OMC adoptada el 14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, del 20 de noviembre de 2001, párr. 17. Véase también F. M. Abbott, "The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO", *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, No. 2, 2002, pp. 469-505. En la declaración adoptada especialmente sobre la salud pública se afirma que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los miembros adopten medidas necesarias para proteger la salud pública y, además, reafirma el derecho de los miembros de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto. Declaración de los Estados Miembros de la OMC sobre el Acuerdo de los ADPIC y la salud pública. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001, párr. 4. Las flexibilidades mencionadas incluyen interpretar el acuerdo a la luz de sus objetivos y principios de conformidad con las normas consuetudinarias de Derecho internacional público, conceder

reafirma los derechos de los miembros a tomar medidas “para proteger la salud pública” de una forma mucho menos elaborada que el artículo XX b) del GATT que exige la “prueba de necesidad”, desarrollado una *regla de interpretación* que, en casos de ambigüedad, deberá guiar a los Grupos Especiales a realizar interpretaciones que apoyen el derecho de los miembros de la OMC de proteger la salud pública⁷⁹.

En el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC los derechos de propiedad intelectual que más preocupan a los ambientalistas son esencialmente los que se relacionados con la tecnología, en particular las patentes⁸⁰. En ese sentido, el acuerdo incorpora algunas excepciones especiales para proteger el medio ambiente.

B) LAS EXCEPCIONES DE PATENTABILIDAD PARA PROTEGER EL MEDIO AMBIENTE

La patentabilidad de los materiales genéticos⁸¹ y las formas de vida, vinculada a la biotecnología⁸² y con posibles efectos sobre la biodiversidad, es un aspecto muy controvertido que afecta a la relación de los DPI y el medio ambiente⁸³.

licencias obligatorias con libertad para elegir las bases sobre las cuales serán concedidas y, libertad para que los miembros, por un lado, para que determinen lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia y, por otro lado, para establecer su propio régimen para el agotamiento sin impugnación de los derechos de propiedad intelectual, a reserva en este último caso de las disposiciones sobre el trato nacional y de nación más favorecida.

⁷⁹ El autor observa que una posible interpretación de esta disposición es que, a diferencia del artículo XX b) del GATT, en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC la salud pública y otras razones enumeradas en el artículo 8.1 permiten a los miembros adoptar medidas (por ejemplo, controles de comercialización y precios), pero no derogar las obligaciones relativas a la disponibilidad o la aplicación de los derechos de la propiedad intelectual. Sin embargo, en vista del párrafo 4 de la Declaración de Doha, puede argumentarse que el artículo 8.1 no impediría la derogación de ciertas obligaciones estipuladas por el Acuerdo sobre los ADPIC si fuera necesario para atender las necesidades de la salud pública. *Cfr.* C. Correa, *Repercusiones de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC*. . . , *op. cit.*, pp 11 y 12. Identificando un patrón emergente de deferencia a la autoridad de los miembros al elaborar su políticas sanitarias cuando entran en conflicto con otros valores protegidos en la OMC véase M. G. Bloche, “WTO Deference to National Health Policy: Toward and Interpretative Principle”, *Journal of International Economic Law*, Vol 5, No. 4, 2002, pp. 825-848.

⁸⁰ CCMA, *El Medio Ambiente y los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. OMC Doc. WT/CTE/W/8, del 8 de junio de 1995, párr. 47.

⁸¹ Los materiales genéticos son los genes que se contienen en las plantas o animales que tienen un valor real o potencial para la gente. A través del uso de las nuevas biotecnologías, los genes de una especie pueden ser transferidos a otras especies.

⁸² El Gran Diccionario de la Lengua Española define el término “biotecnología” como el conjunto de técnicas que utilizan las células vivas, especialmente los microorganismos, para transformar una sustancia química en otra de interés industrial.

1. *Los requisitos de patentabilidad y las patentes de materia viva.*

Las patentes, según dispone el artículo 27.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañan una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial⁸⁴.

Tradicionalmente las patentes se limitaban a las creaciones inanimadas como los motores, medicinas o los procesos para producir químicos. Actualmente, es posible patentar materia viviente. Los organismos vivos encontrados en su estado natural, es decir, que no han sido manipulados o modificados en modo alguno, generalmente no son patentables. Esto se debe a que los materiales biológicos o genéticos simplemente descubiertos o cuya utilización es ya conocida, no satisfacen los criterios de patentabilidad: que la invención sea nueva o que entrañe una actividad inventiva⁸⁵. Sin embargo, en algunos países, particularmente los desarrollados, las patentes se admiten respecto a los organismos obtenidos artificialmente, incluidas tanto las plantas y animales⁸⁶ como los organismos modificados y líneas celulares de origen humano⁸⁷. La ingeniería genética permite al hombre intervenir e incluso cambiar el curso natural de la

⁸³ Cfr. M. Melgar, *Bioteología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005; R. V. Anuradha, "IPRs: Implication for Biodiversity and Local Indigenous People", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 10. No.1, 2001, pp. 27-36.

⁸⁴ Párrafo 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC. Algunos autores consideran que la exigencia de que sean "nuevas" es un obstáculo para los países en desarrollo que desean proteger los conocimientos tradicionales que por definición no implican novedad. No obstante, se observa que dado que no existe una definición precisa de lo que constituye una novedad la protección de los conocimientos tradicionales no está del todo descartada. D. Gervais, *The TRIPS Agreement. . . , op. cit.*, pp. 220 y 221.

⁸⁵ Véase el párrafo 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁸⁶ Véase la ley estadounidense 35 USC Título 35, sección 161 y también el caso *Diamond v. Chakrabarty*, 447 US 303; 206 USPQ 193 (1980); Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (*DOCE*, 30 de julio de 1998, No. L 213).

⁸⁷ A título de ejemplo podemos mencionar que el 14 de marzo de 1995 la Oficina de Patentes y Marcas Registradas de Estados Unidos emitió una patente para el Instituto Nacional de Salud sobre una línea celular humana no modificada extraída de una persona indígena de Papua Nueva Guinea. U.S. Patent 5,397,696. Cinco años antes la Universidad de California obtuvo una patente sobre el aislamiento de una línea celular, obtenida del paciente John Moore, capaz de generar glóbulos blancos. U. S. Patent 4.438.032.

materia viviente: es posible, entre otros, aislar, dividir, purificar la materia viva⁸⁸. Los países que conceden patentes sostienen que el hallazgo de la utilidad que proporciona una modificación a la materia viviente es lo que lo convierte un descubrimiento en una *invención* susceptible de ser patentada⁸⁹. En los países en vías de desarrollo, por otro lado, se comparte la idea de que la materia viva no debe ser patentada. Al margen de las cuestiones éticas, el principal argumento es que la materia viviente no debería ser patentable por ser una creación de la naturaleza y no una invención⁹⁰.

2. *La excepción de patentabilidad en materia de salud y medio ambiente*

En el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, en virtud del artículo 27.2, los miembros pueden establecer algunas excepciones de patentabilidad cuando la explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, por ejemplo para proteger la salud o la vida de las personas o animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente. Esta exclusión queda condicionada a que no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación⁹¹. El artículo 27.2 refleja la falta de

⁸⁸ Los países desarrollados protagonizan una carrera para controlar la información genética de los humanos y las plantas (genomas). Su enorme potencial lucrativo lleva a estos países a invertir grandes cantidades de dinero para identificar el funcionamiento de los genes y su posible utilidad en campos como la medicina o la agricultura. Véase GeneWatch UK, “Privatising Knowledge, Patenting Genes: The Race to Control Genetic Information”, *Briefing Number 11*, June 2000, , p. 2. En este contexto el monopolio de los derechos de explotación que proveen las patentes es considerado necesario para recuperar las inversiones y promover nuevas investigaciones. Véase Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - *Acta de la reunión celebrada en el Centro William Rappard del 18 al 22 de junio de 2001*. OMC. Doc. IP/C/M/32, 23 de agosto de 2001, párr. 142.

⁸⁹ No obstante, el grado de manipulación requerida para la concesión de patentes varía de país a país.

⁹⁰ Véanse las Actas de Reunión del Consejo de los ADPIC en las que se contienen las opiniones de la India y Kenia respectivamente y que reflejan los puntos de vista de los países menos desarrollados. OMC. Doc. IP/C/M/25, párr. 70; IP/C/M/28, párr. 143. También M. Khor, “Por qué las formas de vida no deberían ser patentadas”, *Revista del Sur* N° 110, diciembre 2000. Disponible en: http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=571.

⁹¹ Párrafo 2 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC. La razón de esta limitación, incluida en el Acuerdo sobre los ADPIC en el último momento, era que se había expresado preocupación por la posibilidad de que, sin ella, las invenciones de algunos productos podrían excluirse de la patentabilidad alegando que la prevención de su explotación era necesaria para proteger la vida y la salud hasta que se

consenso entre los países del Norte y del Sur sobre la patentabilidad de la materia viva. Por un lado, los países desarrollados lograron que la protección mediante patente de las “invenciones” de plantas y animales no sea contraria al Acuerdo sobre los ADPIC. Por otro lado, los países en desarrollo cuentan con la posibilidad de aplicar excepciones de patentabilidad en los casos ya mencionados.

D. Gervais sostiene que la interpretación de las excepciones que busquen proteger la salud o la vida de las personas o animales o para preservar los vegetales deberá tomar en cuenta las decisiones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación que analizan el artículo XX (b) del GATT que utiliza los mismos términos⁹². Ahora bien, las dudas sobre el ámbito espacial de validez que pesan sobre esta última disposición no se presentan en relación con las excepciones de patentabilidad. El Acuerdo sobre los ADPIC dispone que la exclusión de patentabilidad debe estar basada no en un riesgo derivado de la invención en sí misma sino en los posibles daños que la *explotación comercial* puede ocasionar *dentro del territorio* del miembro interesado⁹³.

3. *La exclusión de patentabilidad de materiales genéticos y formas de vida*

El Acuerdo sobre los ADPIC en el artículo 27.3 b) permite a los miembros excluir de la patentabilidad las plantas y los animales excepto los microorganismos, y

concluyeran los procedimientos normales de prueba necesarios para determinar su eficacia y seguridad a efectos de otorgar el permiso de comercialización.

⁹² D. Gervais, *The TRIPS Agreement*. . . , *op. cit.*, p. 223. En cualquier caso, es importante enfatizar que las excepciones ambientales del Acuerdo sobre los ADPIC no son del todo idénticas a las del artículo XX del GATT o a las del artículo XIV del AGCS. Las excepciones ambientales del GATT y el AGCS difieren de las excepciones de patentabilidad en que las primeras son generales, mientras que en el Acuerdo sobre los ADPIC las excepciones son especiales o limitadas. Los Grupos Especiales han sostenido que "la expresión 'excepciones limitadas' ha de interpretarse en el sentido de que entraña una excepción estricta, una excepción que conlleva solamente una pequeña disminución de los derechos en cuestión". Véase el informe del Grupo Especial en el asunto *Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*. OMC Doc. WT/DS114/R, de 17 de marzo del 2000, párr. 7.30. Adicionalmente, a diferencia de las excepciones ambientales previstas en el GATT y AGCS, las excepciones de patentabilidad del Acuerdo sobre los ADPIC hacen referencia expresa a la protección del medio ambiente en general.

⁹³ *Cfr.* el párrafo 2 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales⁹⁴, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos⁹⁵. La falta de precisión de los términos del artículo 27.3 b) ha generado una gran confusión y controversia. El problema, como apunta M. Khor, es que, por un lado, no está claro si la excepción es aplicable sólo a las plantas silvestres y animales salvajes o si es posible excluir también de patentabilidad las plantas y animales modificados genéticamente o que contienen partes (incluso microorganismos) modificados genéticamente y; por otro lado, si la obligación de patentar microorganismos cubre únicamente aquellos que han sido modificados genéticamente o si también cubre los microorganismos naturales⁹⁶. Más aún, para algunos países en desarrollo tampoco es claro porqué la exclusión de patentabilidad es una opción respecto de los procesos biológicos, pero no para los procesos microbiológicos que en esencia también son biológicos⁹⁷.

Ahora bien, independientemente de que prevé la posibilidad de la exclusión de patentabilidad, el Acuerdo sobre los ADPIC dispone que los miembros deben otorgar

⁹⁴ El ANEXO VIII (Definiciones referentes al CAPÍTULO IV) de la Directivas sobre Patentamiento del Instituto de Propiedad Industrial de la Argentina entiende por los “procedimientos esencialmente biológicos para la reproducción (producción) de plantas o animales” a la serie de fases que concluyen con la obtención de plantas o animales que se cumplen fundamentalmente o en grado importante por acción de fenómenos propios y existentes en la naturaleza.

⁹⁵ Véase inciso b) párrafo 3 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁹⁶ M. Khor, *El saqueo del conocimiento: propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible*, España: Editorial Icaria-Intermón Oxfam, 2003, p. 72. M. Melgar observa que, al referirse el artículo 27.3 b) a las plantas y animales en forma genérica, “el acuerdo permite una interpretación extensiva que abarque tanto las plantas como tales, a las razas animales y las especies animales y vegetales; o bien, una interpretación más restringida, que solamente excluya las variedades de plantas y animales”. M. Melgar, *Biocología y propiedad intelectual*. . . , *op. cit.*, p. 177.

⁹⁷ Consejo General de la OMC - *Preparativos para la Conferencia Ministerial de 1999: Comunicación de Kenya en nombre del Grupo Africano*. OMC. Doc. WT/GC/W/302, 6 de agosto de 1999, párr. 21. Por otro lado, la Comunidad Europea ha observado que entre los científicos difieren las opiniones acerca de lo que abarca el término “microorganismo”. Pero enfatizó que existe cierto acuerdo en cuanto al núcleo de su significado: por lo general, se entiende que el término “microorganismo” se refiere a seres vivos que no son ni plantas ni animales, esto es, bacterias, hongos, virus, etc. En el *Concise Oxford Dictionary of Current English* (al que han recurrido Grupos Especiales de la OMC a efectos de interpretación) se define “microorganismo” como un organismo que no es visible a simple vista, por ejemplo una bacteria o un virus. *Cfr.* Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio – *Examen del párrafo 3 b) del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC y la relación del Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la diversidad biológica (CBD) y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore: Opiniones de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros*. OMC Doc. IP/C/W/383 17 de octubre de 2002, párr. 22.

protección a las obtenciones vegetales mediante patentes, a través de una forma especial de protección efectiva denominada "sistema eficaz *sui generis*" o mediante una combinación de ambos⁹⁸. De esta forma la protección de las obtenciones vegetales (materia viva) por medio de derechos de propiedad intelectual es una obligación de los Estados miembros. Sin embargo, el Acuerdo sobre los ADPIC no precisa las condiciones que un sistema *sui generis* debe cumplir para ser considerado efectivo. Al parecer un sistema que puede ser adoptado como modelo es el establecido en la Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1961⁹⁹ que impone requisitos menos onerosos para obtener un certificado o derecho de obtentor, pero a la vez contiene mayores limitaciones y excepciones y en general los derechos conferidos se reputan menores, desde el punto de vista del titular, que aquellos otorgados por el mecanismo de las patentes¹⁰⁰. Ahora bien, por disposición expresa del

⁹⁸ Un efecto de la exigencia de protección a las obtenciones vegetales es que los países más pobres tendrán que extender la protección intelectual a áreas anteriormente no comprendidas como la agricultura al proteger variedades de plantas mejoradas a través de la inventiva científica, lo que podría incrementar el costo de los alimentos. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

⁹⁹ Convención Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, del 2 de diciembre de 1961, fue revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978 (Acta de 1978) y el 19 de marzo de 1991 (Acta de 1991). Los textos pueden consultarse en www.upov.int

¹⁰⁰ Algunos autores consideran que entre las condiciones que un sistema *sui generis* debe cumplir para ser conforme con el Acuerdo sobre los ADPIC se encuentran: permitir excluir a terceros del uso del material protegido o al menos conceder una remuneración por ciertos usos del mismo; cumplir con los principios de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida; establecer procedimientos de observancia de los derechos. D. Leskien y M. Flitner, "Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a *Sui Generis* System", *Issues in Genetic Resources*, No. 6, June 1997, pp. 26-32. Otros autores observan que la eficacia del sistema *sui generis* podría adoptar como criterio de valoración si la protección de las obtenciones vegetales es adecuada. B. Dhar, *Sui Generis System for plant variety protection: Options under TRIPS*, Geneva: Commissioned by the Quaker United Nations Office, 2002, párr. 2.1.1. Costa Rica considera que sería beneficioso que los sistemas *sui generis* regularan la protección de las variedades tradicionales; se establecieran mecanismos de distribución de beneficios por el uso del material genético, por ejemplo a través de fondos u otros esquemas; que se contemplaran instrumentos como el certificado de origen y; se modificaran los requisitos y derechos otorgados a los titulares de las variedades y por ende las acciones que requieran de su autorización. J. C. Medaglia, *La reciente propuesta costarricense de sistema sui generis para la protección de los derechos del fitomejorador a la luz de la OMC y las negociaciones del CAFTA - Borrador para discusión -*. Diciembre del 2003, disponible en línea en: http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/SuiGeneris_CabreraDec03.pdf

Acuerdo sobre los ADPIC, desde 1999 el Consejo del acuerdo ha examinado el artículo 27.3 b) con el fin de aclarar algunos de los aspectos ya mencionados¹⁰¹.

C) EL EXAMEN DEL ARTÍCULO 27.3 B) POR EL CONSEJO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

Los resultados hasta ahora alcanzados no pasan de haber logrado la estructuración y orientación de los documentos aportados por los miembros en los que expresan sus posturas y realizan observaciones sobre esta cuestión¹⁰². El Consejo sostiene que se requiere más tiempo y estudio para encontrar una solución satisfactoria a los problemas planteados¹⁰³. Dado el estado del examen del párrafo 3 b) del artículo 27, la fecha límite para la aplicación por los países en desarrollo de sus obligaciones en materia de patentes del Acuerdo sobre los ADPIC, originalmente fijada para el mes de enero del año 2000, fue ampliada hasta el 1º de Enero de 2016¹⁰⁴.

Por último, es importante mencionar que además de las cuestiones expuestas, los miembros han manifestado preocupación de que el Acuerdo sobre los ADPIC pueda ser un obstáculo para lograr los objetivos de la Convenio sobre la diversidad biológica

¹⁰¹ El artículo 27.3 b) del Acuerdo sobre los ADPIC expresamente establece que “las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC”. Dos años más tarde, en noviembre del 2001, el párrafo 19 de la Declaración de Doha amplió el ámbito del debate que actualmente incluye examinar la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore y algunos otros aspectos relacionados con el artículo 27.1. La Declaración de Doha también dispone que el examen encomendado al Consejo del ADPIC deberá regirse por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo.

¹⁰² Véase particularmente Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - *Examen de las disposiciones del párrafo 3 b) del artículo 27: Resumen de las cuestiones planteadas y las observaciones formuladas*. OMC. Doc. IP/C/W/369, del 8 de agosto de 2002.

¹⁰³ Para una recapitulación de las observaciones y propuestas de los Estados miembros véase Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - *La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la diversidad biológica (CDB): Lista recapitulativa de cuestiones*. OMC Doc. IP/C/W/420 y IP/C/W/420/Add.1, de fecha 2 y 5 de marzo de 2004 respectivamente.

¹⁰⁴ *Declaración de los Estados Miembros de la OMC sobre el Acuerdo de los ADPIC y la salud pública*. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2.

(CDB)¹⁰⁵. Entre los aspectos que generan más controversia es que el Acuerdo sobre los ADPIC puede implicar, entre otros puntos: conversión de derechos públicos en derechos privados; el reconocimiento de patentes y otros derechos de propiedad intelectual que utilizan recursos genéticos y conocimientos tradicionales o indígenas sin consentimiento fundamentado previo y sin reparto justo y equitativo de los beneficios; tendencia a promover el monocultivo; incremento en el uso de los recursos modificados genéticamente¹⁰⁶.

¹⁰⁵ El objetivo de la Convención sobre la diversidad biológica, además de proponerse favorecer la conservación de la diversidad biológica, incluye entre sus objetivos el uso sostenible de sus componentes, el reparto justo y equitativo de los beneficios producidos por el uso de los recursos genéticos, favorecer el acceso a los recursos genéticos así como la transferencia de tecnologías. El uso sostenible de la biodiversidad se realiza a través de un sistema de permisos de acceso a los recursos, medidas de evaluación de impacto ambiental, de procedimientos de consentimiento fundamentado previo en el que participan además de los gobiernos algunas comunidades tradicionales y de disposiciones encaminadas a lograr un reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos.

¹⁰⁶ D. Vivas, *Issues Linked to the Convention on Biological Diversity in the WTO Negotiations: Implementing Doha Mandates*, Center for International Environmental Law, 6TH of July 2002, p. 1. Disponible en línea en: www.ciel.org

TERCERA PARTE

LA COMPATIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES COMERCIALES MULTILATERALES Y DE LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL COMERCIO CON LAS NORMAS DEL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO: CASOS DE ESTUDIO

Renato Ruggiero, siendo Director General de la Organización Mundial de Comercio (OMC), dijo que la solución a los problemas ambientales globales depende de los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA). “Nada en la OMC obstaculiza el camino de tales acuerdos, por el contrario, la OMC tiene gran interés en crear un puente efectivo hacia las agendas ambientales”, afirmó¹. Debido a este interés, actualmente el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) estudia los medios para lograr que las medidas comerciales específicas² aplicadas entre Partes de los AMUMA encuentren cabida en el marco normativo de la OMC³. Sin embargo, dado que los aspectos más controvertidos de la relación AMUMA/OMC no se beneficiaran de los trabajos del CCMA -como la aplicación de medidas comerciales a los Estados no Partes en los AMUMA y las medidas comerciales que no se consideran “obligaciones comerciales específicas”-, la creación del puente a que hace referencia el Sr. Ruggiero se quedará, en el mejor de los casos, a mitad del camino⁴.

Esta tercera parte del trabajo de investigación está dedicada a analizar si efectivamente las normas de la OMC no imponen ningún obstáculo para que los AMUMA logren sus objetivos. El estudio analiza la compatibilidad con las normas de la OMC de distintos tipos de medidas comerciales como las prohibiciones comerciales,

¹ Véase R. Ruggiero, “The Coming Challenge: Global Sustainable Development for the 21st Century”, *WTO News: Press/97*, 17 March 1998.

² Un AMUMA puede contener obligaciones comerciales específicas, es decir, restricciones comerciales autorizadas textualmente e identificadas; también medidas comerciales ambientales autorizadas pero no identificadas; o bien medidas comerciales ambientales que no están especificadas o autorizadas pero que las partes en el acuerdo pueden adoptar por medio de decisiones de sus órganos administrativos.

³ Véase párrafo 31, (i) de la *Declaración Ministerial de Doha*, 9-14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 20 de noviembre de 2001.

⁴ CIEL, Friends of the Earth US y otros, *Collective Comments: On Doha Declaration*, October 25 / 2002, p. 19.

las limitaciones comerciales parciales, los impuestos ambientales (capítulo VII), el procedimiento de acuerdo fundamentado previo y las ecoetiquetas (capítulo VIII) previstos en una serie de AMUMA seleccionados. La elección de los AMUMA cuya compatibilidad se examina se explica, por un lado, por el fin de mostrar la variedad de medidas de incidencia comercial existentes y, por otro lado, en función de la importancia y diversidad de los elementos ambientales que pretenden proteger. En esta parte también nos ocupamos de describir y, cuando es posible, especular sobre la posible compatibilidad con las normas de la OMC de medidas de incidencia comercial menos tradicionales, como las previstas en el Convenio sobre la diversidad biológica sobre el reparto justo y equitativo de beneficios resultantes por el uso de los recursos genéticos, la transferencia de tecnológica o la protección de los conocimientos tradicionales y, también, de algunos aspectos relacionados al comercio de emisiones de gases que crean el efecto invernadero previsto en el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Capítulo VII

**LAS PROHIBICIONES COMERCIALES, LAS LIMITACIONES
COMERCIALES PARCIALES Y LOS IMPUESTOS AMBIENTALES**

Aunque en el contexto del régimen del comercio internacional no se ha analizado ninguna medida adoptada con base en Acuerdo Multilateral sobre el Medio Ambiente (AMUMA), como tendremos oportunidad de ver, el uso de medidas comerciales para lograr los objetivos de los acuerdos sobre medio ambiente puede implicar la violación de normas sustantivas de los acuerdos comerciales de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, por lo tanto, no hay nada que indique que una controversia de este tipo no pueda surgir¹. Más aún, pese a que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC han expresado su preferencia por las medidas multilaterales sobre las unilaterales para proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país importador, lo cierto es que, formalmente, los acuerdos de la OMC no distinguen en modo alguno entre las medidas multilaterales y unilaterales².

En este capítulo, utilizando casos concretos de AMUMA que prevén su aplicación, analizaremos la compatibilidad de tres clases distintas de medidas comerciales ambientales -las prohibiciones comerciales, las limitaciones comerciales parciales y la aplicación de impuestos ambientales- con las normas de la OMC. En el primer epígrafe se describen las prohibiciones comerciales previstas por el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono³ y se examina el estatus legal y su posible justificación con base en las excepciones ambientales del

¹ S. Charnovitz, "The World Trade Organization and Social Issues", *Journal of World Trade*, Vol. 5, October 1994, p. 28.

² B. Condon, "Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9, Spring 2002, p. 545.

³ Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono -en lo sucesivo Protocolo de Montreal-, de 1987 (BOE, 17 de marzo de 1989, No. 65).

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)⁴. En el segundo y tercer epígrafe se hace lo propio esta vez analizando, respectivamente, el sistema de licencias de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)⁵ y la aplicación de impuestos al carbón y los ajustes fiscales de frontera en el contexto del Protocolo de Kioto⁶.

Conviene destacar que en el presente capítulo se dedica especial atención - aunque no exclusiva- a los conflictos que suscitaría la aplicación de las medidas comerciales a los Estados no Partes en los AMUMA por ser uno de los aspectos potencialmente más conflictivos de la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA. Como ya hemos mencionado antes, la Comunidad internacional ha manifestado una preferencia por las medidas comerciales basadas en el consenso internacional sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales que afectan a más de un Estado⁷. En la Declaración Ministerial de Doha los miembros ordenaron al Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) analizar la relación con las normas de la OMC de las medidas comerciales específicas establecidas en los AMUMA que se aplican entre Estados Parte⁸. Así, al parecer, en la OMC sólo las medidas específicas aplicadas entre Estados que son parte en un AMUMA y a la vez miembros de la OMC son vistas como una manifestación auténtica del consenso internacional. Es natural pensar, por lo tanto, que los aspectos potencialmente más controvertidos de la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA sean

⁴ Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio –en lo sucesivo el GATT– puede consultarse en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25 y 503-583.

⁵ Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres –en lo sucesivo CITES–, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 (*BOE*, 30 de julio de 1986, No 181).

⁶ Protocolo de Kioto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –en lo sucesivo Protocolo de Kioto– del 11 de diciembre de 1997 (*BOE*, del 08 de febrero de 2005, No. 33).

⁷ *Cfr.* Principio 12 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo, de 14 de Junio de 1992 (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁸ *Declaración Ministerial de Doha*, 9-14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 20 de noviembre de 2001, parr. 31, 1, i).

precisamente aquellos que no quedan comprendidos en el mandato de Doha; es decir, la aplicación de medidas comerciales a Estados no Parte en los AMUMA o de medidas comerciales no específicas aunque se apliquen entre Estados Parte⁹.

I. LAS PROHIBICIONES COMERCIALES

Las medidas de control comercial más estrictas son las prohibiciones a la importación o exportación¹⁰. Este tipo de medidas son restricciones totales a la importación o a la exportación de los productos regulados; es decir, prohíben el comercio de todos los productos de un mismo género¹¹. Algunos AMUMA requieren, autorizan o solicitan la aplicación de prohibiciones comerciales cuando un producto o su comercio está relacionado con alguna forma de degradación ambiental o bien para inducir la cooperación de países no vinculados al acuerdo¹². Para los propósitos del presente epígrafe hemos elegido examinar las prohibiciones comerciales aplicables a los Estados no Parte en el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono¹³ ya que han contribuido a que éste sea considerado uno de los

⁹ CIEL, Friends of the Earth US y otros, *Collective Comments: On Doha Declaration*, October 25/2002, p. 17. Disponible línea en http://www.ciel.org/Publications/Doha_Comments_25Oct02.pdf; L. Elliot, *The Global Politics of the Environment*, London: McMillan Press Ltd. 1998, p. 213.

¹⁰ S. Charnovitz, "A Taxonomy of Environmental Trade Measures", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 6, Winter 1996, pp. 16-18.

¹¹ *Ibid.*, p. 4.

¹² Véanse por ejemplo el artículo VII, b) de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria – en lo sucesivo CIPF-, hecha en Roma el 6 de diciembre de 1951 (*BOE*, 4 de junio de 1959), enmendado en noviembre de 1976 y noviembre de 1979 (*BOE*, 28 de noviembre de 1979 y 16 de octubre de 1991); artículo III de CITES (*BOE*, 30 de julio 1986, No. 181); artículo 4.2 incisos e) y g) del Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación –en lo sucesivo Convenio de Basilea-, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989 (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, No. 227); artículo 10. 4 inciso ii) del Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional –en lo sucesivo Convenio de Rotterdam-, hecho en Rotterdam el 10 de septiembre de 1998 (*BOE*, 25 de marzo de 2004, No. 73); artículo III.1 a), ii) del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes –en lo sucesivo Convenio de Estocolmo-, hecho en Estocolmo el 22 de mayo del 2001 (*BOE*, 23 de junio 2004, No. 151).

¹³ El Protocolo de Montreal es un acuerdo suplementario del Convenio de Viena para la Protección de la capa de ozono hecho en Viena el 22 de marzo de 1985 (*BOE*, del 16 de noviembre de 1988, No. 275). El protocolo ha sido enmendado en Londres 1990, Copenhague 1992, Viena 1995, Montreal 1997 y Beijing, 1999. Véase también E. A. Parson, *Protecting the Ozone Layer: Science and Strategy*, New York: Oxford University Press, 2003; R. E. Benedick, *Ozone Diplomacy: New Directions in*

acuerdos de protección ambiental con mayor éxito –algunos autores incluso lo consideran un modelo para futuros acuerdos en la materia¹⁴.

El instrumento principal con que el Protocolo de Montreal pretende alcanzar sus objetivos (controlar el total de emisiones mundiales de las sustancias que agotan la capa de ozono con el objetivo final de eliminarlas) son sus compromisos escalonados de eliminación del consumo y producción¹⁵ de lo que ha denominado “sustancias controladas”¹⁶. Las prohibiciones comerciales, pese a ser medidas complementarias a los compromisos escalonados de eliminación, cumplen una función muy importante en el logro de los objetivos del Protocolo, particularmente las destinadas a los Estados que no son Partes ya que animan la participación universal¹⁷, evitan la recolocación industrial¹⁸ y permiten abordar el problema de los “free riders”¹⁹.

Safeguarding the Planet, Cambridge: Harvard University Press, 1995; K. Vorlat, “The International Ozone Regime: Concessions and Loopholes?”, *Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 17, Winter 1993, pp. 135-156; W. Lang (ed.), *The Ozone Treaties and Their Influence on the Building of International Environmental Regimes*, Wien: Österreichische Außenpolitische Dokumentation, 1997, pp. 9-14; D. S. Bryk, “The Montreal Protocol and Recent Developments to Protect the Ozone Layer”, *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 15. No. 1, 1991, pp. 275-298; J. Brunnée, *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, New York: Transnational Publishers INC., 1988.

¹⁴ L. Thoms, “A Comparative Analysis of International Regimes on Ozone and Climate Change with Implications for Regime Design”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41, 2003, pp. 803-812.

¹⁵ Los Estados Partes asumen compromisos de reducción progresiva con miras a la eliminación total de la producción y consumo de las sustancias controladas. El artículo 3 contiene las bases sobre las cuales los niveles de producción y consumo serán determinados. El consumo se obtiene de sumar la producción con las importaciones y de restar las exportaciones. El Protocolo de Montreal toma en cuenta las necesidades especiales de los países más pobres a los que les ha sido concedido un periodo de gracia para el cumplimiento de sus disposiciones. Adicionalmente, el Protocolo ha establecido un mecanismo financiero que ayuda a estos países a cumplir con sus obligaciones. B. Ling, “Developing Countries and Ozone Layer Protection: Issues, Principles and Implications”, *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 6, Winter 1992, pp. 91-126. Para una opinión crítica del trato preferente a los países menos desarrollados véase V. Williams, “Ozone Depletion, Developing Countries, and Human Rights: Seeking Better Ground On Which to Fight for Protection of the Ozone Layer”, *Journal of Natural Resources and Environmental Law*, Vol. 10, 1995, pp. 104-108.

¹⁶ Las “sustancias controladas” son enumeradas en los anexos A, C o E y son básicamente los clorofluorocarburos (gases CFC) y otros clorofluorocarburos totalmente halogenados. Cfr. Artículo 1.4 del Protocolo de Montreal. Véase también R. E. Benedick, “The Ozone Layer Story: Science, Industry and Politics”, en W. Lang (ed.), *The Ozone Treaties . . .*, *op. cit.*, pp. 15-14.

¹⁷ La emisión de sustancias que degradan la capa de ozono causa el mismo daño independientemente del lugar de la tierra en que se produzcan. Por esta razón la participación universal se llegó a considerar esencial en el acuerdo. Véase K. Vorlat, “The International Ozone Regime. . .”, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

¹⁸ Este tipo de medidas evitan, por un lado, que las industrias contaminantes de los Estados Partes franqueen el marco normativo del acuerdo trasladando sus plantas de producción a Estados no Partes y, por otro lado, que los países no Parte se beneficien económicamente de los espacios comerciales que dejan las industrias de los países Parte que ya no producen las sustancias reguladas.

A) LAS PROHIBICIONES AL COMERCIO CON ESTADOS NO PARTE EN EL PROTOCOLO DE MONTREAL

El Protocolo de Montreal prohíbe el comercio de sustancias controladas de o a cualquier Estado que no es Parte en el acuerdo, salvo que, en una reunión de las Partes, se determine que ese Estado cumple cabalmente los calendarios de reducción y eliminación de las sustancias controladas de los Estados Parte y ha presentado datos que lo demuestran²⁰. En cuanto al comercio entre Partes, aunque está permitido, no debe superar los niveles de consumo y producción establecidos en el Protocolo²¹. El comercio con Estados no Parte de algunos productos que contienen sustancias controladas también está prohibido²². Adicionalmente, el Protocolo prevé la posibilidad de que en el futuro se prohíba el comercio de productos elaborados con sustancias controladas pero que no contengan tales sustancias²³, pero de momento la aplicación de este tipo de restricciones no ha sido considerada factible²⁴.

¹⁹ El término “*Free rider*” se utiliza para hacer referencia a aquellos países no Partes en el Protocolo que gozan, sin realizar aportación alguna, de los beneficios ambientales y económicos fruto de la aplicación del Protocolo de Montreal por los Estados Parte.

²⁰ *Ibid.*, artículo 4 párrafos 1, 1 *bis*, 1 *ter*, 1 *qua*, 2, 2 *bis*, 2 *ter*, 2 *qua*, 2 *quin*, 2 *sex* y 8.

²¹ *Ibid.*, artículo 5.

²² *Ibid.*, artículo 4, párrafo 3. Actualmente sólo algunos productos que contienen sustancias controladas por el Anexo A del Protocolo de Montreal están sujetos a esta restricción. La lista de estos productos figura en el Anexo D del Protocolo y entró en vigor en mayo de 1992. Véase el informe de la Cuarta Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal. *Decisión IV/16. Anexo D del Protocolo de Montreal*. ONU Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15 del 25 de noviembre de 1992, p. 23. El Protocolo prevé la posibilidad de que en el futuro los productos que contengan sustancias controladas incluidas en el Anexo B y en el Grupo II del Anexo C estén sujetos a restricciones similares. *Cfr.* El artículo 4 párrafos 3 *bis* y 3 *ter* del Protocolo de Montreal. Véase también el informe de la Cuarta Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal. *Decisión IV/28. Aplicación del párrafo 3 bis del artículo 4 del Protocolo Dec. IV/28*. ONU Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15 del 25 de noviembre de 1992, p. 35. De momento, la elaboración de una lista de productos que contengan sustancias controladas en el Anexo B no se ha materializado por considerarse que no aportaría mayores beneficios que los que actualmente se derivan de la aplicación del Protocolo de Montreal. Véanse los informes de la Sexta y Octava Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal. *Decisión VI/12: Lista de productos que contienen sustancias controladas que figuran en el anexo B del Protocolo y Decisión VIII/18: Lista de productos que contienen sustancias controladas enumeradas en el Grupo II del anexo C del Protocolo (hidrobromofluorocarbonos)*. Respectivamente ONU Docs. UNEP/OzL.Pro.6/7 del 10 de octubre de 1994, pp. 27 y 28, UNEP/OzL.Pro.8/1212 de diciembre de 1996, p. 29.

²³ Artículo 4, párrafos 4, 4 *bis*, 4 *ter* del Protocolo de Montreal.

²⁴ Véase report of the Fifth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol. *Decision V/17: Feasibility of banning or restricting from States not party to the Montreal Protocol the import of products produced with, but not containing, controlled substances in Annex A, in accordance with paragraph 4 of article 4 of the Protocol*. ONU Doc. UNEP/OzL.Pro.5/12, 19 November 1993.

En virtud de que las sustancias controladas por el Protocolo de Montreal son “bienes”, la compatibilidad de las prohibiciones comerciales a los Estados no Partes se analiza con base al GATT.

B) EL ESTATUS LEGAL EN EL GATT DE LA APLICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES COMERCIALES A LOS ESTADOS NO PARTES EN EL PROTOCOLO DE MONTREAL.

Las prohibiciones comerciales equivalen a una restricción cuantitativa igual a cero y, como tales, son contrarias al artículo XI del GATT²⁵. Adicionalmente, si un Estado Parte en el Protocolo y miembro de la OMC importa o exporta sustancias controladas de o a otro Estado Parte en el Protocolo y miembro de la OMC, pero prohíbe las exportaciones o importaciones de o a otro miembro de la OMC que no es parte en el Protocolo de Montreal, se violaría el artículo I del GATT que exige que cualquier ventaja comercial concedida a un miembro de la OMC sea extendida inmediatamente a los productos similares del resto de los miembros de la OMC²⁶.

Por otro lado, dado que el consumo y producción doméstica de las sustancias controladas en los países Parte no está prohibido, aunque si está limitado, las prohibiciones comerciales aplicables a los Estados no Partes violan el principio de trato nacional del artículo III si ambos países son miembros de la OMC²⁷. El principio de trato nacional exige que los productos de otros miembros no sean tratados de forma

²⁵ C. Wold, “Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?”, *Environmental Law*, Vol. 15, Fall 1996, p. 899.

²⁶ R. Twum-Barina y L. B. Campbell, *Protecting the Ozone Layer through Trade Measures. Reconciling the Trade Provisions of the Montreal Protocol and the Rules of the GATT*, Geneva: United Nations Environmental Program, 1994, pp. 58 y 59.

²⁷ K. J. Hunt, “International Environmental Agreements in Conflict with GATT: Greening GATT after the Uruguay Round Agreement”, *International Lawyer*, Vol. 30, Spring 1996, p. 170; J. McDonald, “Greening the GATT: Harmonizing Free Trade and Environmental Protection in the New World Order”, *Environmental Law*, Vol. 23, 1993, p. 397.

menos favorable que los productos similares domésticos²⁸. En cualquier caso, las prohibiciones al comercio de sustancias controladas con Estados no Parte podría justificarse como excepción si cumple con las condiciones del artículo XX del GATT.

C) LA JUSTIFICACIÓN CON BASE EN LAS EXCEPCIONES AMBIENTALES DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

Antes de iniciar el examen de este apartado conviene destacar que las medidas del Protocolo de Montreal aplicables a los Estados no Partes, a pesar de ser obligaciones comerciales específicas, no se encuentran dentro de las medidas que potencialmente se beneficiarán de los trabajos realizados por el CCMA, ya que las medidas aplicadas a Estados no Partes no forman parte de su objeto de estudio²⁹.

1. *La justificación provisional con base en los incisos b) y g) del artículo XX*

Para que una medida se justifique provisionalmente en el inciso b) del artículo XX debe cumplir la “prueba de la necesidad” interpretada como la exigencia de aplicar la medida menos restrictiva para el comercio que sirva para lograr el nivel de protección elegido y, además, debe tener por objeto la protección de la salud y vida de las personas y animales o preservar los vegetales³⁰. Para justificarse con base en el inciso g) es preciso que la medida cumpla la exigencia de ser “relativa a” -expresión interpretada como la exigencia de que exista una auténtica relación entre los medios y

²⁸ Este tipo de prohibiciones no podrían justificarse como reglamentos internos en virtud de la nota interpretativa del artículo III porque el trato comercial de las sustancias controladas domésticas es distinto al de las sustancias controladas de los países que no son Partes.

²⁹ Véase CCMA en Sesión Extraordinaria - *Obligaciones comerciales específicas: Comunicación de la República de Corea. Apartado i) del párrafo 31*. OMC Doc. TN/TE/W/13, 8 de octubre de 2002, p. 3.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párr. 162, 166 y 163. En el caso se interpretaba el inciso d) del artículo XX que también establece el término *necesarias*.

los fines- la conservación de recursos naturales agotables y, además, se requiere la aplicación de restricciones conjuntas a la producción y consumo domésticos³¹.

En junio de 1999 el Secretario Ejecutivo de la Secretaria del Ozono, K. Madhava Sarma, hizo llegar al CCMA de la OMC un documento afirmando que la capa de ozono es un recurso natural agotable y que su degradación tendría un impacto adverso en la vida humana, animal y vegetal³². Por lo tanto, las restricciones comerciales aplicables a los Estados no Partes en el Protocolo de Montreal podrían, en su opinión, justificarse en los incisos b) y g) del artículo XX del GATT³³. No obstante, reconoció que la última palabra la tendrá, en caso de surgir alguna diferencia, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC³⁴. Lo más probable es que, si efectivamente surge alguna diferencia ante la OMC, los Estados no Parte afectados argumenten que la finalidad principal de este tipo de medidas es animar la participación universal en el Protocolo y no la protección de los elementos ambientales de los incisos b) y g) del artículo XX. Adicionalmente, el hecho de que la Secretaria del GATT en un documento oficial expresara que el Protocolo de Montreal podía haber sido estructurado de tal forma que lograría sus objetivos sin necesidad de recurrir a las restricciones a los Estados no Partes -por ejemplo aplicando un impuesto o sistema de cuotas al consumo doméstico de las sustancias controladas-, indica que no será sencillo que una medida comercial aplicada a los Estados no Partes pase la “prueba de necesidad”³⁵. Más aún, algunos autores sostienen que el hecho de que los

³¹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*. OMC Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 136.

³² D. Pruzin, “Ozone Depletion: Trade Measures under Montreal Pact Justified, Treaty Official Tells WTO Panel”, *BNA's Environment Reporter*, July 2, 1999.

³³ *Idem*. Véase también J. A. Bernazani, “The Eagle, The Turtle, The Shrimp and the WTO: Implications for the Future of Environmental Trade Measures”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 15, Winter/Spring 2000, p. 213.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Group on Environmental Measures and International Trade, *General Agreement on Tariffs and Trade, Trade and the Environment*. GATT Doc. 1529, February 13, 1992, pp. 11-12. Para un análisis

Estados Parte puedan calcular los totales de consumo de las sustancias controladas sumando a su producción las importaciones y restando las exportaciones, puede llevar al OSD de la OMC a determinar que las medidas destinadas a los Estados no Partes no son *necesarias*³⁶. Los razonamientos anteriores también podrían ser utilizados para concluir que este tipo de medidas no son *relativas a* la conservación de los recursos naturales agotables como lo exige el inciso g), ya sea porque se considere que los medios son desproporcionados para los fines, o bien porque se estime que el objetivo primordial de las medidas es evitar que los Estados no Partes obtengan ventajas económicas y comerciales a costa de los compromisos de los Estados Parte.

La exigencia del inciso g) de que se apliquen restricciones conjuntas a la producción y al consumo nacionales se cumple cuando la venta doméstica de la sustancia controlada está prohibida³⁷. Sin embargo, podría no cumplirse si se impone una prohibición comercial a los Estados no Partes mientras los programas de reducción escalonados aún permiten la producción y consumo doméstico.

Ahora bien, la exigencia de que exista un vínculo suficiente entre el país que aplica la medida y el elemento ambiental a proteger no parece ser un obstáculo que impida la justificación de las medidas comerciales aplicables a los Estados no Partes en el Protocolo de Montreal. El objetivo de este tipo de medidas es la protección de la capa de ozono, un bien ambiental compartido por toda la comunidad internacional. Si en el asunto *Camarón-Tortugas* el Órgano de Apelación consideró que entre Estados Unidos y las tortugas que se buscaba proteger existía un *vínculo suficiente* porque

de este documento véase H. Southworth, "GATT and the Environment -General Agreement on Tariffs and Trade, Trade and the Environment. GATT Doc. 1529 (February 13, 1992)", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 32, No. 4, Summer 1992, pp. 997-1013.

³⁶ C. Wold, "Multilateral Environmental Agreements and the GATT. . .", *op. cit.*, p. 901. Con razonamientos distintos pero llegando a la misma conclusión véase J. McDonald, "Greening the GATT. . .", *op. cit.*, p. 451.

³⁷ Normalmente esto se deberá a que se ha llegado a la última etapa de los compromisos de reducción escalonados: su eliminación.

éstas nadaban en sus migraciones por aguas sujetas a su jurisdicción, no hay razón para que entre los Estados Parte en el Protocolo de Montreal y la capa de ozono, que cubre sus cielos, no se considere también que existe un vínculo suficiente³⁸.

2. *La justificación con base en las condiciones de la cláusula introductoria*

Las prohibiciones comerciales destinadas a los Estados no Partes aparentemente no representan una discriminación arbitraria o injustificable entre países entre los que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional de forma contraria a lo dispuesto por el preámbulo del artículo XX del GATT. A esta conclusión llegó el grupo de trabajo *ad hoc* que durante las negociaciones del Protocolo de Montreal examinó la compatibilidad de sus disposiciones comerciales con las normas del GATT³⁹. Aunque a la Secretaría del GATT se le hizo llegar una copia de las disposiciones comerciales previstas a ser incluidas en el Protocolo de Montreal, no ha habido ningún pronunciamiento específico sobre si pueden o no justificarse este tipo de medidas⁴⁰. No obstante, la Secretaría del GATT de forma más general, en su informe de 1992, sostuvo que cualquier acuerdo multilateral sobre el medio ambiente que aspire a ser compatible con GATT no puede discriminar entre Partes y no Partes⁴¹. Ya que las prohibiciones comerciales se aplican únicamente a los países no Partes que no cumplen con los

³⁸ Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones . . .*, *op. cit.*, párr. 133.

³⁹ Ad Hoc Working Group of Legal and Technical Experts for the preparation of a Protocol on Chlorofluorocarbons to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (Vienna Group), *Report of the Ad Hoc Working Group on the Work of his Second Session*. UNEP/WG. 167/2, 4 March 1987, p. 22.

⁴⁰ R. Twum-Barina y L. B. Campbell, *Protecting the Ozone Layer through Trade . . .*, *op. cit.*, p. 62.

⁴¹ Group on Environmental Measures and International Trade, *General Agreement on Tariffs and Trade, Trade and the Environment*. GATT Doc. 1529, February 13, 1992, p. 2.

aspectos sustantivos del Protocolo de Montreal y no dependen en realidad de su condición de no Parte, es posible decir que no discriminan arbitrariamente⁴².

La exigencia de realizar negociaciones de buena fe para lograr soluciones a los problemas ambientales que afectan a más de dos Estados antes de la aplicación unilateral de una medida ha sido considerada necesaria por el Órgano de Apelación para que evitar que una restricción reciba el calificativo de discriminación arbitraria o injustificada⁴³. Ya que las medidas del tipo que nos ocupan no son -desde la perspectiva de los Estados no Partes- estrictamente multilaterales⁴⁴, los países Parte en el Protocolo de Montreal deberán entablar negociaciones de buena fe con los Estados no Partes si no quieren correr el riesgo de no obtener la calidad de excepción⁴⁵. Adicionalmente, dado que para evitar las prohibiciones comerciales el Protocolo exige a los Estados no Partes el acatamiento de los programas de reducción escalonados de los Estados Parte, no está claro hasta qué punto se pueda considerar una medida coercitiva cuya discriminación será injustificable por falta de flexibilidad. El Órgano de Apelación ya ha determinado que una medida de estas características es

⁴² B. Baker, "Protection, Not Protectionism: Multilateral Environmental Agreements and the GATT", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 26, October 1993, p. 440; R. Twum-Barina y L. B. Campbell, *Protecting the Ozone Layer through Trade*. . . , *op. cit.*, p. 65. Diversos expertos en comercio internacional consideraron que la discriminación no tendría lugar del todo, si las restricciones aplicables a los Estados no Partes del Protocolo de Montreal no se aplicaban a los Estados no Partes que pudieran demostrar que cumplían cabalmente con las medidas de control dispuestas por el acuerdo. Ad Hoc Working Group of Legal and Technical Experts for the preparation of a Protocol on Chlorofluorocarbons to the Vienna Convention . . . , *op. cit.*, p. 22.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 172; véase B. Condon, "Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9, Spring 2002, p. 556.

⁴⁴ Véase P. Demaret, "TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT", en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994, pp. 52 y 59.

⁴⁵ No obstante, es posible que la exigencia de "negociar" no sea aplicada en aquellos casos en que se vean involucrados los Estados que participaron en las negociaciones del Protocolo de Montreal pero que al final decidieron no vincularse. G. Goh, "The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustments at the Border", *Journal of World Trade*, Vol. 38, No. 3, p. 417.

injustificable y no hay duda de que el Protocolo de Montreal exige a los Estados no Partes la adopción del mismo programa de protección que el de los Estados Parte⁴⁶.

Si se determina que entre los países Parte y no Partes no prevalecen las mismas condiciones la discriminación podría estar justificada. Para algunos autores, los países que cumplen con el Protocolo operan bajo un régimen estricto que afecta su economía y su comercio. Estas condiciones, en su opinión, no prevalecen en los países que no son parte y que no cumplen con el Protocolo⁴⁷. Sin embargo, lo cierto es que el OSD de la OMC aún no ha precisado qué “elementos” se valoran para determinar si entre dos Estados prevalecen las mismas condiciones. Por último, este tipo de medidas no son restricciones encubiertas del comercio internacional prohibidas por preámbulo del artículo XX. La importancia de los objetivos perseguidos por el Protocolo y su amplia membrecía sugieren que, salvo prueba en contrario, las prohibiciones establecidas no esconden motivaciones proteccionistas⁴⁸.

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones . . .*, *op. cit.*, párr. 163.

⁴⁷ C. Wold, “Multilateral Environmental Agreements and the GATT. . .”, *op. cit.*, p. 900. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha dicho que la discriminación tiene lugar cuando no se toman en cuenta las diferencias entre los posibles países afectados. Si la situación económica es determinante para juzgar si entre dos países prevalecen las mismas condiciones, entonces algunas consideraciones deberán tenerse en cuenta cuando se apliquen restricciones comerciales a los Estados que no son Parte en el Protocolo y son países en vías de desarrollo. El Protocolo de Montreal no distingue entre países desarrollados y países en vías de desarrollo al exigir que los que no son Parte cumplan con sus disposiciones para poder comerciar con los Estados Parte. Sin embargo, da un trato preferente a los Estados Parte en desarrollo - en algunos casos se han concedido periodos de gracia y además tienen la posibilidad de optar por la ayuda del mecanismo de financiación del acuerdo. Por lo tanto, cuando se examine el cumplimiento o no de los países en desarrollo no Partes que desean comerciar con los Estados Parte, no sólo se les deberá aplicar el trato preferente de los países en desarrollo que si son Partes, sino que además se deberá tomar en cuenta que, a diferencia de éstos, no tienen acceso a un mecanismo de financiación. En caso contrario, la medida puede considerarse contraria al preámbulo por no tomar en cuenta las condiciones especiales de este tipo de países. Artículo 5 del Protocolo de Montreal. Véase también sobre el trato preferente a los países menos desarrollados en el Protocolo de Montreal. B. Ling, “Developing Countries and Ozone Layer Protection. . .”, *op. cit.*, pp. 91-126. Para un análisis del mecanismo de financiación del Protocolo de Montreal véase C. D. Stone, “A Study of the Financial Mechanism of the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer”, *Environmental Layer*, Vol. 9, February 2003, pp. 399-461.

⁴⁸ C. Wold, “Multilateral Environmental Agreements and the GATT. . .”, *op. cit.*, p. 901; B. Baker, “Protection, Not Protectionism: Multilateral Environmental Agreements . . .”, *op. cit.*, p. 463.

Ahora bien, las restricciones comerciales en los AMUMA no siempre son absolutas, en algunos casos, son sólo parciales.

II. LAS LIMITACIONES COMERCIALES PARCIALES: EL CASO DE LOS SISTEMAS DE LICENCIAS

El comercio no siempre tiene un impacto directo en el medio ambiente, con frecuencia sólo una parte del mismo representa un peligro. Por lo tanto, algunos AMUMA utilizan sistemas de licencias o certificaciones para limitar únicamente el comercio ambientalmente nocivo sin afectar los flujos comerciales de los productos sin impactos ambientales⁴⁹. Su funcionamiento es sencillo, sólo los portadores de una licencia o certificación pueden comerciar con el producto regulado y para obtenerla deben cumplir ciertas condiciones fijadas por el país importador o exportador según sea el caso⁵⁰. Por la importancia de los elementos ambientales que protege y por ser uno de los AMUMA con mayor número de Estados Parte, hemos elegido para examinar los posibles límites que imponen las normas de la OMC a las licencias comerciales las disposiciones aplicables de la Convención Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)⁵¹.

CITES permite el comercio de especies silvestres a través de un sistema de licencias, siempre y cuando el comercio no amenace la supervivencia de los

⁴⁹ Los principales acuerdos que aplican controles comerciales a través de un sistema de licencias o certificaciones son el Convenio de Estocolmo en su artículo III.2, b), iii); el CIPF en su artículo V.1; el Protocolo de Montreal en su artículo 4. B. La Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos –en lo sucesivo CCRVMA–, hecha en Canberra el 20 de mayo de 1980 (*BOE*, del 25 de mayo de 1985, No. 125), no contiene disposiciones comerciales pero a través de su órgano de gestión se han adoptado medidas de conservación que incluyen la incorporación de un sistema de certificaciones comerciales. Véase - Sistema para promover el cumplimiento de las medidas de conservación de la CCRVMA por barcos de Partes no contratantes. CCRVMA Doc. Medida de Conservación 10-07 (2003).

⁵⁰ Por ejemplo, entre los países parte en la Convención internacional de protección fitosanitaria un sistema de certificaciones es uno de los instrumentos utilizados para facilitar el comercio sin riesgos ambientales de plantas o productos vegetales. Véase artículo 5 de la convención según enmienda de 1997. El texto de la convención y de sus enmiendas está disponible *en línea*: www.ippc.int

⁵¹ CITES (*BOE*, 30 de julio de 1986, No 181).

animales⁵². El sistema de licencias para regular el comercio de especies que están o pueden estar en peligro de extinción es de particular importancia para lograr los objetivos de CITES. Los requisitos de las especies objeto de comercio dependen del apéndice en el que se ubiquen. Los criterios para enlistar una especie en el apéndice I o II se relacionan con aspectos de su estatus biológico como el tamaño de la población y ámbito geográfico⁵³. Las especies del apéndice I son aquellas que están amenazadas de extinción y que están o pueden ser afectadas por el comercio⁵⁴. Las especies del apéndice II son aquellas que aunque no necesariamente están amenazadas pueden llegar a estarlo si no se regula su comercio⁵⁵. El Apéndice III permite a los países señalar especies que desean proteger por medio de control comercial con la ayuda de otras partes en el convenio.

A) LOS REQUISITOS PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS COMERCIALES: CITES

El comercio de especies del Apéndice I requiere tanto un permiso de exportación como de importación. El permiso de exportación será concedido si una Autoridad Científica del Estado de exportación certifica que la supervivencia de la especie no se verá perjudicada y si una Autoridad Administrativa del país exportador ha verificado que: a) el espécimen no se ha obtenido en contravención a la legislación vigente; b) el espécimen será transportado de manera que se minimicen los riesgos de heridas, deterioro de la salud o maltrato y; c) un permiso de importación ha sido concedido⁵⁶. Antes de otorgar un permiso de importación el país importador debe determinar que: 1) la importación no será en detrimento de la supervivencia de la especie; 2) el recipiente de la especie debe ser adecuado para no hacerle daño; 3) el

⁵² *Ibid.*, artículo III, párrafo 2, inciso a) y artículo IV, párrafo 2, inciso a).

⁵³ *Ibid.*, artículo II.

⁵⁴ *Ibid.*, artículo II, párrafo 1.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 2.

⁵⁶ *Ibid.*, artículo III, párrafo 2.

espécimen no podrá ser utilizado principalmente para propósitos comerciales⁵⁷. El comercio de especies enlistadas en los Apéndices II y III también precisan la obtención de un permiso de exportación sujeto a las mismas condiciones exigidas para las especies del Apéndice I con excepción de la condición de obtener un permiso de importación⁵⁸. Adicionalmente, el comercio de especies del Apéndice III, cuando no son reexportadas, requieren la presentación de un certificado de origen.⁵⁹

CITES permite el comercio de especies enlistadas en cualquiera de los tres apéndices con Estados que no son parte en el convenio si presentan documentos comparables que conformen sustancialmente a los requisitos de los permisos y certificados exigidos para los Estados parte, siempre que hayan sido emitidos por las autoridades gubernamentales competentes del Estado no Parte⁶⁰.

B) EL ESTATUS LEGAL DE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE LICENCIAS DE CITES EN EL GATT

El GATT regula el intercambio comercial de bienes y, por lo tanto, sus disposiciones son aplicables a los límites comerciales que pudieran resultar por el sistema de licencias de CITES. La denegación a los Estados Parte o no Partes de un permiso de importación o exportación para las especies enlistadas en los tres apéndices de CITES contravendrían la prohibición a la aplicación de restricciones cuantitativas del artículo XI del GATT⁶¹. En los casos de denegación de permisos de

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 3 Las partes en CITES han interpretado “principalmente propósitos comerciales” de forma amplia e incluye cualquier transacción que no sea completamente no comercial. CITES, Conference Resolution 5.10 - *Definición de la expresión "con fines primordialmente comerciales"*. Puede consultarse en línea en: http://www.cites.org/esp/resols/5/5_10.shtml.

⁵⁸ *Ibid.*, artículo IV, párrafo 2 y, artículo V, párrafo 2.

⁵⁹ *Ibid.*, artículo V, párrafo 3.

⁶⁰ Artículo X de CITES.

⁶¹ Las licencias son uno de los ejemplos de restricciones cuantitativas prohibidas por el artículo XI del GATT. Véase también S. Wen-Chen, “Multilateralism and the Case of Taiwan in the Trade Environment Nexus: The Potential Conflict between CITES and GATT/WTO”, *Journal of World Trade*, Vol. 30, No. 3, June 1996, p. 132.

importación⁶², tanto entre Partes como no Partes, si el comercio de las especies domésticas similares está prohibido, pueden ser considerada una medida interna⁶³ aplicada en el punto de importación⁶⁴ permitida por el artículo III (4) del GATT⁶⁵. Esta disposición permite aplicar a los productos importados las mismas restricciones que a los productos domésticos similares.

La violación del artículo III se puede presentar cuando los niveles de amenaza de una misma especie son distintos en el país importador y exportador permitiéndose el comercio de ejemplares domésticos y prohibiéndose el comercio de ejemplares extranjeros. Un país puede tener una población sana y abundante de una especie que peligra en otros países. Puede suceder también que, en el ámbito doméstico, se dé un trato comercial distinto a los animales salvajes que a los que provienen de criaderos

⁶² Las licencias de importación también deberán cumplir las disposiciones del Acuerdo sobre el Procedimiento para el Trámite de Licencias de Importación diseñado para evitar las distorsiones al comercio cuando dichos procedimientos están permitido por el GATT. En esencia estas disposiciones intentan evitar la discriminación al exigir que los procedimientos para el trámite de licencias de importación sean aplicados de manera neutral y administrados equitativamente (art. 1.3); simplificados (art. 1.5) y; publicada la información relativa al procedimiento (art. 1.4, a). El texto de este acuerdo puede consultarse en: *Los resultados de la Ronda Uruguay. . . , op. cit.*, pp. 266-274.

⁶³ Para que una medida pueda considerarse interna y, por lo tanto, ser examinada con base en el artículo III (4) del GATT, es necesario que el reglamento, impuesto o prescripción se aplique tanto al producto nacional como al importado. En algunos casos, se ha argumentado que las restricciones a la importación, como en el caso podría ser la denegación de un permiso de importación, no pueden considerarse una medida interna ya que por su naturaleza no es susceptible de ser aplicada a los productos domésticos similares. Sin embargo, los Grupos Especiales han considerado que cuando tanto la restricción a la importación como otras medidas aplicadas a los productos domésticos tienen un mismo objetivo o tiene un efecto similar pueden ser consideradas como dos manifestaciones de una misma prescripción o reglamento interno. Por ejemplo, una prohibición doméstica de venta y una restricción a la importación pueden ser consideradas como dos manifestaciones de una prescripción interna que tiene por finalidad prohibir la comercialización de la mercancía en cuestión. Véase el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Comunidades Europeas – medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/R, 18 de Septiembre de 2000, párrs. 8.91-8.95.

⁶⁴ En algunos casos se ha sostenido que las prohibiciones a la importación, como en el caso puede ser la denegación de una licencia de importación, no es una medida que se aplique al momento o en el lugar de la importación. Sin embargo, estos argumentos no han sido considerados suficientes por los Grupos Especiales para negar la calidad de medida interna a las prohibiciones a la importación. *Ibid.*, párr. 8.96

⁶⁵ El artículo III del GATT no es aplicable en materia de exportaciones, por lo tanto, la denegación de licencias de exportación son analizadas en el contexto del artículo XI exclusivamente. Véase también S. Charnovitz, “Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and their Application to Environmental Trade Measures”, *Tulane Environmental Law Journal*, Summer 1994, Vol. 7., p. 345; C. Wold, “Multilateral Environmental Agreements and the GATT. . .”, *op. cit.*, pp. 874 y 875. Reconociendo que las prohibiciones a la importación pueden ser analizadas en el contexto del artículo III del GATT véase el informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R, de fecha 12 de marzo de 2001, párr. 8.99.

en cautividad, ya que el comercio de estos últimos no representa una amenaza para supervivencia de la especie en su medio salvaje⁶⁶. Si los especímenes extranjeros y los domésticos son considerados “productos similares” el trato comercial distinto contravendría el principio de trato nacional del artículo III del GATT. Así, la cuestión a resolver es si el artículo III permite distinguir entre animales de la misma especie dependiendo de su estatus biológico (grado de amenaza de las poblaciones) en el país importador y exportador⁶⁷. El Órgano de Apelación ha valorado, al analizar el criterio de las propiedades físicas⁶⁸, que dos productos con distintos efectos en la salud no eran similares⁶⁹. Si a las diferencias en el estatus biológico de los especímenes se le da la misma importancia que a los riesgos para la salud, sería posible considerarlos como productos no similares eliminando cualquier violación del artículo III.

Asimismo, en el caso de que un Estado miembro de la OMC concediera una licencia comercial a un miembro y se la negara a otro sobre dos animales de la misma especie argumentando diferencias en la amenaza para supervivencia, el juicio sobre su similitud sería determinante para valorar una posible violación del principio de la nación más favorecida del artículo I del GATT. En cualquier caso, las denegaciones

⁶⁶ El índice de reproducción de los especímenes criados en cautividad es proporcionalmente mayor que el de las especies salvajes. Un medio ambiente controlado en el que tienen alimento seguro y que les proporciona protección de depredadores les permite llegar con mayor facilidad a la edad reproductiva. Las crías a su vez ayudan a incrementar la población. Las razones anteriores son las que se utilizan para justificar un trato comercial distinto entre especímenes silvestres y los criados en cautividad. Véase D. S. Favre, *Internacional Trade in Endangered Species: A Guide to CITES*, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 205-206. El Convenio CITES en su artículo VII (4) expresamente dispone que cuando un espécimen del apéndice I es criado en cautividad para fines comerciales será considerado como parte de una especie enlistada en el apéndice II. En la práctica esto significa que el permiso de importación no es exigible, únicamente el de exportación.

⁶⁷ OECD, “Experience With the Use of Trade Measures in the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES)”, *OCDE Working Papers*, Vol. V, No. 47, 1997, p. 55

⁶⁸ Los elementos de prueba que deben examinarse en los análisis de similitud de dos productos comprenden cuatro criterios: propiedades físicas; usos finales; gustos y hábitos del consumidor, y clasificación arancelaria. Informe de 1970 del Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera. GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párr. 18. El cuarto criterio, la clasificación arancelaria, no fue mencionado por el Grupo de Trabajo sobre Ajustes fiscales en frontera, sino que fue incluido por Grupos Especiales ulteriores. Véase, por ejemplo *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*. GATT Doc. (L/6216 - 34S/94) adoptado el 10 de noviembre de 1987, párrafo 5.6.

⁶⁹ Cfr. El informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto . . .*, *op. cit.*, párr. 152.

de licencias contrarias a algún artículo del GATT podrían justificarse si se logran calificar como excepción con base en los incisos b) o g) del artículo XX.

C) LA JUSTIFICACIÓN CON BASE EN LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

1. *La justificación provisional con base en los incisos b)y g) del artículo XX*

Los límites a la importación o exportación que pueden resultar de la aplicación del sistema de licencias de CITES pueden justificarse provisionalmente tanto en el inciso b) como en el inciso g) del artículo XX del GATT. Por un lado, son medidas destinadas a para proteger la vida y salud de los animales y para preservar los vegetales. El objetivo pretendido por CITES es aliviar la presión sobre la flora y la fauna generada que la demanda de especies en peligro de extinción canalizada a través del comercio internacional. En ese sentido, no parece haber opciones menos restrictivas para el comercio e igualmente eficaces para lograr los objetivos de CITES que las limitaciones comerciales derivadas del sistema de licencias en el convenio establecidas. Por lo tanto, puede decirse que satisfacen la prueba de *necesidad* del inciso b) del artículo XX.

Para los efectos del inciso g) del artículo XX del GATT, las limitaciones comerciales que surjan por la aplicación del sistema de licencias de CITES pueden considerarse aplicadas para lograr la conservación de recursos naturales agotables. Ya hemos mencionado que el término recurso natural agotable ha sido interpretado de forma muy amplia, quedando comprendidas dentro de esta noción todos los recursos que puedan ser llevados al borde de la extinción por las actividades humanas,

incluidos los capaces de reproducirse⁷⁰. Estas limitaciones, por otro lado, también puede considerarse que cumplen la condición de *ser relativas a* la conservación. Esto es así ya que la limitación comercial no parece ser desproporcionada, el nivel de cuidado que se representa en las condiciones para conceder las licencias depende del grado de amenaza que pese sobre las especies. Adicionalmente, no puede decirse que entre las limitaciones y el bien a proteger no exista una *auténtica relación* como ha sido exigido por el Órgano de Apelación al interpretar esta condición, toda vez que el comercio de especies amenazadas es uno de los factores que aceleran la desaparición de flora y fauna⁷¹. Por último, la exigencia de aplicar restricciones conjuntas a la producción o consumo doméstico indica que será necesario que la comercialización de especies amenazadas esté regulada por el país importador para evitar que la denegación de un permiso de importación no logre justificarse provisionalmente en el inciso g). Sin embargo, hay que decir que CITES sólo ordena aplicar restricciones al comercio internacional y no al consumo doméstico. Como observa C. Wolf, este puede ser un obstáculo para que la justificación de este tipo de medidas.⁷²

Ahora bien, cuando se niega una licencia de importación para proteger una especie fuera del país importador puede decirse que se trata de una medida con efectos extraterritoriales. Aunque es poco probable que una diferencia entre partes en CITES surja por la denegación de un permiso de importación, no sucede lo mismo cuando la limitación comercial afecta a un Estado que no es parte. Aún no está claro si las medidas que buscan proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país

⁷⁰ El Órgano de Apelación textualmente ha dicho: “. . .sería difícil discutir la agotabilidad de las tortugas marinas ya que la totalidad de las siete especies reconocidas de tortugas marinas aparecen en la lista del Apéndice 1 de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazada de Fauna y Flora Silvestres ("CITES"). La lista del Apéndice 1 incluye todas las especies *amenazadas de extinción* que son o pueden ser afectadas por el comercio.” (itálicas en el original). Informe del Órgano de Apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones . . .*, *op. cit.*, párr. 132.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 136.

⁷² C. Wold, “Multilateral Environmental Agreements and the GATT. . .”, *op. cit.*, p. 876.

importador pueden justificarse provisionalmente en los incisos mencionados. El Órgano de Apelación expresamente se ha negado a realizar un pronunciamiento que aclare esta cuestión. No obstante, ha hecho referencia a la necesidad que exista un *vínculo suficiente* entre el país que aplica la medida y el bien ambiental a proteger. Aunque el Órgano de Apelación no precisa a qué clase de vínculo se refiere, el vínculo jurisdiccional fue la base para resolver el asunto que se le planteaba⁷³. Si los vínculos a los que se refiere el Órgano de Apelación son de naturaleza jurisdiccional, la denegación de licencias de importación para proteger especies en peligro en el país exportador no lograrán obtener la calidad de excepción con base en el artículo XX.

2. *La justificación con base en las condiciones de la cláusula introductoria*

Ya hemos mencionado que el preámbulo prohíbe la discriminación arbitraria o injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones y las restricciones encubiertas al comercio internacional. Aparentemente, la aplicación del sistema de licencias en CITES establecido no da lugar a la discriminación: independientemente del país de origen de los especímenes, las licencias comerciales son denegadas en todos aquellos casos en que la supervivencia de la especie en su medio salvaje pueda verse amenazada. Sin embargo, una vez más, lo más probable es que los problemas se presenten si dos ejemplares de una misma especie reciben un trato comercial distinto bajo el argumento de que el comercio de uno u otro tiene efectos desiguales sobre la supervivencia de la especie en el medio salvaje. Si las diferencias en la salud de las poblaciones de flora y fauna en los distintos países son tomadas en cuenta para determinar si entre los países en cuestión prevalecen las

⁷³ Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones . . .*, *op. cit.*, párr. 133.

mismas condiciones, es posible que el sistema de licencias de CITES no sea calificado de discriminatorio⁷⁴.

Aun si el sistema de CITES es considerado discriminatorio puede justificarse como excepción si se determina que no es injustificado o arbitrario. El Órgano de Apelación ha expresado, de acuerdo con el principio 12 de la Declaración de Río, que las medidas multilaterales son más fácilmente justificables que las unilaterales. El problema es que el carácter multilateral de las medidas aplicadas para lograr los objetivos de CITES puede ser cuestionado desde el punto de vista del Estado que no es Parte. Adicionalmente, aunque existe la idea generalizada de que las medidas específicas previstas en los AMUMA aplicadas entre Partes deberían considerarse compatibles con las normas de la OMC, para las medidas aplicadas a Estados no Partes, aunque sean específicas no se pide la misma consideración⁷⁵. Para una persona con sensibilidad por el medio ambiente, la denegación de licencias basadas en el estatus biológico de la flora y fauna no parecerá injustificada o arbitraria aunque se aplique a Estados que no son Parte en CITES. Sin embargo, no está claro que el OSD de la OMC considerará el estatus biológico de las especies al aplicar las condiciones del preámbulo. En el caso *Camarón-Tortugas* Estados Unidos había argumentado que si una medida establece una diferencia entre países basada en una justificación legítimamente conectada con la política de la excepción del artículo XX y no por razones proteccionistas, la medida no supone un abuso de la excepción. El Órgano de

⁷⁴ Se debe considerar también si el hecho de que un Estado tenga criaderos en cautiverio y otro no afecta la determinación sobre si entre estos Estados prevalecen las mismas condiciones.

⁷⁵ La Comunidad Europea por ejemplo ha sostenido que, en términos generales, las medidas adoptadas para lograr los objetivos de los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente, como CITES, deberían considerarse conformes con el artículo XX del GATT. Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones* . . ., *op. cit.*, párr. 72. Demostrando que las medidas comerciales entre Partes y No Partes no reciben el mismo trato véase por ejemplo el apartado i) del párrafo 31 y párrafo 32 de la Declaración Ministerial de Doha. OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/W/1. También véase *Comunicación de Japón sobre la relación entre las normas vigentes de las OMC y las medidas comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente*. OMC Doc. TN/TE/W/10, de fecha 3 de octubre de 2002, párrs. I. 3 y 4.

Apelación rechazó este argumento diciendo que el objetivo de la medida no puede ser la base para establecer su justificación a la luz del preámbulo del artículo XX. Para el Órgano de Apelación el objetivo de la medida se toma en cuenta en el momento de determinar si se justifica provisionalmente en los incisos b) o g), y no cuando se pretende determinar si constituye un uso indebido de la excepción conforme al preámbulo⁷⁶. Si el análisis sobre la posible arbitrariedad o justificación de la denegación de licencias no toma en cuenta el objetivo de la medida, en este caso la protección de la flora y fauna, difícilmente será considerada compatible con el preámbulo del artículo XX⁷⁷.

Por otro lado, la falta de flexibilidad ha sido considerada como otro aspecto para determinar que una medida es injustificada. En el caso *Camarón-Tortugas* el Órgano de Apelación sostuvo que la medida analizada, en la práctica, era rígida e inflexible, en suma coercitiva, pues se exigía a otros miembros de la OMC que adoptaran un programa reglamentario no simplemente *comparable*, sino *esencialmente el mismo* que el que se aplica a los arrastreros estadounidenses⁷⁸. En el sistema de licencias de CITES a los países no Partes no se les exige seguir una política de protección de la flora y fauna en particular y, además, se les permite aportar documentos comparables que conformen sustancialmente los requisitos exigidos a los Estados que sí son Partes⁷⁹. Por lo tanto, en principio, la exigencia de flexibilidad no parece ser un obstáculo su justificación. Por último, ya que las limitaciones comerciales que en el caso nos ocupan se adoptan con base en un

⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones . . .*, *op. cit.*, párr. 149.

⁷⁷ S. Gaines, “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Winter 2001, p. 780.

⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones . . .*, *op. cit.*, párr. 163.

⁷⁹ Artículo X de la CITES.

acuerdo multilateral del medio ambiente se presume, salvo prueba en contrario, que no son una restricción encubierta al comercio internacional.

Conjuntamente con las medidas de reglamentación y control, como las prohibiciones o los controles cuantitativos, los instrumentos basados en los precios, por ejemplo los impuestos, normalmente son utilizados por los Estados para lograr sus objetivos de política general pública, incluidos los de protección del medio ambiente.

III. LOS INSTRUMENTOS FISCALES EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Para los economistas, los instrumentos basados en los precios son preferibles a las medidas de reglamentación y control cuando se trata de proteger el medio ambiente. En su opinión, los elementos ambientales están infravalorados y tienden a ser sobre explotados, situación que interpretan como un fallo de mercado ya que los precios no reflejan los daños ambientales⁸⁰. La aplicación de impuestos puede servir para corregir este fallo de mercado al elevar el precio por el uso de los recursos naturales. De esta manera, de conformidad con el principio de quien contamina paga, los impuestos permiten trasladar a los productores o consumidores de un bien el coste de los daños ambientales por éste generados⁸¹. Esto a su vez puede servir para inducir a los productores a elaborar bienes con menores impactos en el medio ambiente⁸². A los instrumentos fiscales utilizados para favorecer las políticas de protección

⁸⁰ CCMA, *Cargas e impuestos aplicados con fines ambientales - ajustes fiscales en frontera*. OMC Doc. WT/CTE/W/47 2 de mayo de 1997, párr. 2 A).

⁸¹ Los economistas llaman *externalidades negativas* al fallo de mercado que se produce cuando el sistema de precios no refleja el deterioro del medio ambiente, o lo que es lo mismo, la escasez de recursos o la contaminación que la producción de un bien genera. Se dice que cuando el costo ambiental es absorbido por el productor y reflejado en el precio las externalidades negativas se *internalizan*. OECD: *Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, Paris: Organization of Economic Cooperation and Development, May 1972. Council Document no. C(72)128. El principio 16 de la Declaración de Río promueve la internalización diciendo que, el que contamina debe en principio cargar con los costos de contaminación. Véase *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, hecha en Río de Janeiro el 14 de Junio de 1992. (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

⁸² C. D. Patterson, "Environmental Taxes and Subsidies: What is the Appropriate Fiscal Policy for Dealing with Modern Environmental Problems?", *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, Vol. 24, Winter 2000, p. 133.

ambiental normalmente se les denomina “ecoimpuestos” o “impuestos ambientales”⁸³. Aunque muchos AMUMA reconocen a sus Estados Parte cierta libertad para elegir el tipo de medidas que pueden utilizar para favorecer sus objetivos, el Protocolo de Kioto⁸⁴ es uno de los pocos acuerdos que cita textualmente a los incentivos fiscales entre las medidas que los Estados Parte pueden adoptar, sin estar obligados a hacerlo, para el logro de sus objetivos y, por tal razón, utilizamos sus disposiciones para analizar la posible compatibilidad de este tipo de medidas con las normas de la OMC⁸⁵. Efectivamente, para lograr los compromisos asumidos en virtud del Protocolo de Kioto diversos países desarrollados aplican impuestos para incentivar la eficiencia energética y disminuir la emisión de gases que contribuyen al cambio climático⁸⁶. Cuando estos impuestos afectan al comercio internacional, las normas de las OMC, particularmente el GATT, son aplicables⁸⁷.

⁸³ *Ibid.*,

⁸⁴ Con el fin de estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero, en 1992 se adoptó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC). El convenio divide a los países parte de tres formas: Las partes del Anexo I (países industrializados, incluidos los países OCDE); las partes del Anexo II (países OCDE) y las partes No-Anexo I (países en vías de desarrollo). Todos los países deben cumplir con algunas obligaciones generales, por ejemplo, la implementación de programas nacionales para hacer frente al cambio climático. Sin embargo, de conformidad con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, sólo los países Anexo I están sujetos a compromisos específicos de reducción de emisiones –reducir las emisiones a los niveles 1990 para el año 2000-. Ahora bien, los compromisos de los países Anexo I a ser cumplidos después del año 2000 se establecieron en la primera sesión de la Conferencia de las Partes. En la tercera Conferencia de las Partes, el Protocolo de Kioto fue adoptado y se fijaron, en el Anexo B, los compromisos de reducción de emisiones que los países Anexo I deberán cumplir individualmente entre 2008-2012. Véase la CMNUCC, del 9 de mayo de 1992 (*BOE*, 01 de febrero de 1994, No. 27); Protocolo de Kioto, del 11 de diciembre de 1997 (*BOE*, del 08 de febrero de 2005, No. 33).

⁸⁵ Aunque el texto del Protocolo de Montreal no hace una referencia expresa al uso de los impuestos ambientales para favorecer el logro de sus objetivos algunos Estados Parte, particularmente de la Comunidad Europea, han considerado la aplicación de impuestos ambientales en este contexto. J. B. Nicholson, “European Economic Community--Environmental Policy-Economic and Fiscal Instruments--Report of the Working Group of Experts from the Member States Proposes the Use of Economic and Fiscal Instruments to Attain Community-Wide Environmental Goals”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21, 1991, pp. 285-306; J. Renzulli, “The Regulation of Ozone-Depleting Chemicals in the European Community”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 14, Summer 1991, pp. 345-358.

⁸⁶ Climate Change Secretariat, “*Good practices*” in *policies and measures among Parties included in Annex I to the Convention. Report by the Secretariat*. FCCC/SBSTA/2002/INF.13 9 October 2002, p. 29. Los gases del efecto invernadero son: el dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC), hexafluoruro de azufre (SF₆).

⁸⁷ No hay duda de que cuando los impuestos para hacer frente al cambio climático gravan a los productos el acuerdo aplicable es el GATT. Por ejemplo, los impuestos a los automóviles con base en

A) LAS MEDIDAS DE IMPLEMENTACIÓN DOMÉSTICA DEL PROTOCOLO DE KIOTO:
LAS CARGAS O IMPUESTOS AL CARBÓN O ENERGÍA

El Protocolo de Kioto contiene una lista de ejemplos, no exhaustiva y no vinculante, de instrumentos de política que pueden ser aplicados domésticamente⁸⁸ para que las Partes Anexo I puedan cumplir con sus compromisos de disminución de emisiones⁸⁹. El recurso a los instrumentos de mercado está previsto en la lista. En virtud de que las emisiones de dióxido de carbono por la combustión de energías fósiles representa más del 75 por ciento de las emisiones de gases efecto invernadero de los países desarrollados⁹⁰, los instrumentos de mercado normalmente adoptan la forma de cargas o impuestos relacionados con el contenido o emisión de carbono y la eficiencia energética⁹¹. Por ejemplo, con los impuestos sobre el carbono que contienen los combustibles fósiles, los gobiernos pueden gravar las mercancías basándose en la

su consumo de combustible, a los refrigeradores con base en su eficiencia energética, a los combustibles con base en su contenido de carbono. La cuestión no está tan clara cuando se trata de gravar el consumo de electricidad. Las normas de la OMC no aclaran si la electricidad es un producto o un servicio. Para J. Jackson la historia legislativa demuestra que los países negociadores del GATT percibían la energía como un servicio. J. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Charlottesville: The Michie Company, 1969, p. 745. Sin embargo, como observa S. Charnovitz, la práctica comercial desde entonces ha evolucionado y se ha tratado la energía como un producto. S. Charnovitz, "Trade and Climate: Potential Conflicts and Synergies" en AA. VV., *Beyond Kyoto: Advancing the International Effort Against Climate Change*, Pew Center on Climate Change, 2003, pp. 141-170, p. 6, nota al pie 11. En el mismo sentido P. X. Pierros; S. Nüesch, "Trade in Electricity: *Spot On*", *Journal of World Trade*, Vol. 34, No. 4, 2000, pp. 98-99.

⁸⁸ Para cumplir con las disposiciones del Protocolo de Kioto las partes pueden adoptar medidas en el ámbito doméstico o en el ámbito internacional. Las primeras son medidas destinadas a regular la producción y consumo nacionales a través de instrumentos que pueden adoptar distintas formas. Este tipo de medidas puede afectar el comercio en algunos casos, por ejemplo, cuando se intenta aplicar a los productos importados los impuestos sobre consumo de energía que se cobran a los productos nacionales. Las normas de la OMC son en este supuesto aplicables. Las medidas de ámbito internacional son complementarias a las nacionales o domésticas y no pueden adoptarse solas. Este tipo de medidas se aplican en el extranjero a través de lo que se conoce como los mecanismos de flexibilidad del acuerdo y son: cumplimiento conjunto, mecanismo de desarrollo limpio y comercio de unidades de emisión. Véanse artículos 2, 3, 4, 5, 6, 12, 17 del Protocolo de Kioto.

⁸⁹ Artículo 2, párrafo 1, inciso A), número romano V.

⁹⁰ Intergovernmental Committee for a Framework Convention on Climate Change, *Compilation and Synthesis of National Communications from Annex I Parties*, New York: United Nations, December 1994, (A/AC.237/81).

⁹¹ Si la emisión de dióxido de carbono tiene lugar durante la producción, desde una perspectiva de la eficiencia económica, el impuesto debe ser aplicado a los productores. Sin embargo, por razones de competencia los impuestos pueden ser trasladados a la etapa de consumo. National Board on Trade, *Climate and Trade Rules – Harmony or Conflict*, Stockholm: Kommerskollegium, 2004, p. 22.

medida en que éstas contribuyen a la emisión de gases de efecto invernadero⁹². Del mismo modo, los impuestos aplicados a los automóviles con base en los niveles de consumo de combustible permiten a los gobiernos inducir a la industria automotriz a desarrollar tecnologías más eficientes reduciendo al mismo tiempo los niveles de emisión de gases contaminantes⁹³. Otra posibilidad es la aplicación de impuestos basados en el consumo de energía utilizada en la etapa de producción, por ejemplo, los impuestos aplicados al consumo de energía en la producción de aluminio⁹⁴.

Mientras los impuestos se apliquen únicamente a los productos nacionales las normas de la OMC no son ningún obstáculo. Sin embargo, para nivelar las condiciones de competencia, lo más probable es que los gobiernos intenten extender a los productos importados los impuestos aplicados a los productos nacionales similares⁹⁵. Del mismo modo, los productos nacionales al ser exportados probablemente serán exonerados de algunos impuestos domésticos para evitar que pierdan competitividad en el exterior. Estos dos últimos supuestos constituirían lo que en el contexto del GATT se conoce como los ajustes fiscales de frontera.

1. *El ajuste fiscal de frontera y las disposiciones del artículo III del GATT*

Los ajustes fiscales de frontera son una práctica comercial que se basan en el principio del país de destino y que consiste, por un lado, en permitir imponer a los

⁹² Comité de Comercio y Medio Ambiente Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria - *Los impuestos, subvenciones e incentivos a la energía en los países de la OCDE y sus consecuencias económicas y comerciales para los Países en desarrollo, en particular, para los países en desarrollo productores y exportadores de petróleo*. OMC Doc. WT/CTE/W/215, TN/TE/W/9 23 de septiembre de 2002.

⁹³ La aplicación de impuestos de este tipo ya ha dado lugar a diferencias entre socios comerciales en el contexto del GATT. Véase informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*. (Informe no adoptado). GATT Doc.DS31/R, distribuido el 11 de octubre de 1994.

⁹⁴ J. A. Hoerner y F. Muller, *Carbon Taxes for Climate Protection in a Competitive World*, Environmental Tax Program of the Center for Global Change University of Maryland College Park, June 1996, p. 26.

⁹⁵ *Idem*.

productos importados los impuestos *indirectos* que aplica a los productos nacionales similares y, por otro lado, permite exonerar a los productos nacionales que habrán de ser exportados de los impuestos *indirectos* domésticos, esto con el fin de evitar que sean doblemente gravados. Los impuestos *indirectos* tienen conexión directa con los productos y son cubiertos por el consumidor final, por ejemplo, los impuestos sobre la venta. Los impuestos *directos* tienen relación con la producción o los productores y son pagados por estos últimos, por ejemplo, los impuestos sobre la renta⁹⁶. Así, al ser indirectos, los impuestos sobre el carbono que contienen los combustibles fósiles y los impuestos aplicados a los automóviles con base en los niveles de consumo de combustible estarían permitidos por la práctica descrita.

Por otro lado, aunque no son precisamente directos, no está claro que los impuestos basados en el consumo de energía utilizada en la etapa de producción estén permitidos; es decir, los impuestos sobre insumos no presentes físicamente en el producto final⁹⁷. El artículo III.2 del GATT prohíbe que los productos importados estén sujetos a impuestos u otras cargas que sean superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. J. A. Hoerner y F. Muller sostienen que, al referirse a los impuestos aplicados indirectamente, la disposición anterior parece permitir los ajustes de frontera para equilibrar las cargas sobre

⁹⁶ Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*. . . , *op. cit.*, párr. 14. Véase también J. Jackson, *The World Trading System*, 2nd ed., London: The MIT Press, 1997, pp. 218-221.

⁹⁷ Es verdad el GATT no impide a sus Partes imponer en cualquier momento sobre la importación de un producto una carga equivalente a un impuesto interior aplicado a un producto nacional similar o a una mercancía que haya servido, en todo o en parte, para fabricar el producto importado (Artículo II, párrafo 2, inciso a) del GATT). Según algunas decisiones de los Grupos Especiales los ajustes fiscales de frontera son aplicables, en principio, a cualquier ingrediente presente en el producto importado. El monto del impuesto debe determinarse con base en la cantidad del producto regulado domésticamente presente en el producto final, no en la cantidad del producto final como un todo pues también puede estar compuesto de otros productos. Véase informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas substancias importadas*. GATT Doc. L/6175 – 34S/157, adoptado el 17 de junio de 1987, párr. 5.2.7. Sin embargo, aún no se sabe si son aplicables también a los productos utilizados en el proceso de manufactura o producción que no están presentes en la mercancía final, como el uso de energía. D. Brack, M. Grubb y C. Windram, *International Trade and Climate Change Policies*, London: The Royal Institute of International Affairs & Earthscan Publications Ltd., 2000, pp. 81, 83 y 84.

insumos no presente en el producto final⁹⁸. La historia legislativa del artículo III parece dar apoyo a estos razonamientos⁹⁹. Sin embargo, como reconocen los citados autores, en la práctica, la historia legislativa del artículo III no ha sido tomada en cuenta para resolver las dudas antes planteadas. Por ejemplo, el Informe de 1970 del Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera, citado con frecuencia por la jurisprudencia del GATT/OMC, dejó sin respuestas la aplicabilidad de los ajustes de frontera de los denominados “impuestos ocultos”, entre los que citó como ejemplo la energía utilizada en las etapas de producción¹⁰⁰. Adicionalmente, no hay jurisprudencia que aporte claridad a esta cuestión¹⁰¹.

Otro aspecto sobre los ajustes de frontera que puede generar algunos problemas con las normas de la OMC son las exenciones o los reembolsos de impuestos a los productos nacionales que habrán de ser exportados. Como observa S. Charnovitz, si un gobierno generalmente aplica un alto impuesto a la energía pero exime del pago a algunas industrias, la exención puede ser considerada como una

⁹⁸ J. A. Hoerner y F. Muller, *Carbon Taxes for Climate Protection . . .*, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

⁹⁹ Existe evidencia de que las naciones negociadoras del GATT de 1947 utilizaron el término “indirectamente” refiriéndose no sólo al impuesto aplicado al producto en sí mismo sino también el aplicado a su elaboración. GATT, *Índice Analítico: Guía de las Normas y Usos del GATT*, 6ª Edición actualizada, Ginebra: OMC, 1995, p. 154.

¹⁰⁰ En la definición de “impuestos ocultos”, el Grupo de Trabajo se refirió a una definición de la OCDE como impuestos al consumo en equipo de capital, materiales auxiliares y servicios utilizados en el transporte y producción de otros bienes gravables. Entre los ejemplos se citó a los impuestos sobre publicidad, energía, maquinaria y transportes. Véase Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera. . .*, *op. cit.*, párr. 15. Por otro lado, es interesante mencionar que durante las labores del Grupo de trabajo algunos representantes opinaron que los impuestos no presentes en el producto final, como la energía consumida en la fabricación, no estarían permitidos bajo la práctica de ajustes fiscales de frontera. GATT, *Índice Analítico . . .*, *op. cit.*, p. 159.

¹⁰¹ Para G. Goh, el informe del Grupo Especial en el asunto *Argentina – Pieles de bovino y cueros acabados*, a pesar de no analizar un impuesto sobre insumos nos presentes en el producto final, aportan cierto apoyo al argumento de que los ajustes fiscales de frontera pueden serles válidamente aplicados. El Grupo Especial dijo que la primera frase del artículo III.2 exige una comparación de cómo se aplican las cargas fiscales a los productos importados y nacionales, y no un análisis meramente nominal de los impuestos. Véase Informe del Grupo Especial en el asunto *Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*. OMC Doc. WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000, párrs. 11.182-11.184. G. Goh, por lo tanto, considera que mientras las cargas fiscales aplicadas a los productos importados no sean más excesivas que las aplicadas a los productos nacionales el ajuste estaría permitido. G. Goh, “The World Trade Organization, Kyoto . . .”, *op. cit.*, p. 406. Sin embargo, el hecho de que en el caso no se estuvieran analizando impuestos sobre insumos no presentes en el producto final genera ciertas dudas de que en la práctica el OSD interpretaría el artículo III.2 y las normas sobre ajustes de frontera de la misma forma.

subvención específica y, si exceptúa del pago a las industrias exportadoras, puede ser considerada un subsidio a la exportación, en ambos casos es posible que se consideren contrarias al Acuerdo Subvenciones y medidas compensatorias¹⁰².

Ahora bien, los impuestos sobre eficiencia energética que puedan ser ajustados en la frontera deberán satisfacer, como cualquier otro impuesto interno, las exigencias del artículo III del GATT.

2. *Conformidad con el artículo III del GATT de los impuestos domésticos sobre carbono y energía aplicados a los productos importados*

En principio, si los impuestos domésticos, por ejemplo, un impuesto a los automóviles con base en el consumo de combustible, son aplicados de una forma neutral respecto del origen de los productos -aunque graven a los productos importados similares- pueden considerarse compatibles con el artículo III del GATT. Sin embargo, cuando los automóviles importados se ven más afectados por el impuesto sobre consumo de combustible que los automóviles producidos nacionalmente -aunque la medida sea neutral respecto del origen- puede llegar a ser considerada como una discriminación *de facto* prohibida por el artículo III¹⁰³. Es

¹⁰² S. Charnovitz, *Trade and Climate. . . , op. cit.*, p. 6. Se consideran subvenciones cuando la práctica de un gobierno condone o no recaude ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales). Sin embargo, no se considerarán subvenciones la exoneración, en favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando éste se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en cuantías que no excedan de los totales adeudados o abonados. Véase artículo 1.1, apartado a) 1, inciso ii) del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias. El SMC permite la aplicación de medidas compensatorias iguales al monto de una subvención cuando ésta ocasiona un daño a las industrias terceros países. Véase artículo VI del GATT.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 5. En el contexto de la prevención del cambio climático es muy posible que en algunos casos la discriminación *de facto* verse no sobre productos similares, sino sobre productos competidores o directamente sustituibles. Puede darse el caso de que un país productor de un tipo de energía (por ejemplo nuclear) aplique altos impuestos aparentemente no discriminatorios que afecten particularmente al tipo de energías producidas por otros países (energía derivada de combustibles fósiles). J. Cameron y Z. Makuch, "Implementation of the United Nations Framework Convention on Climate Change: International Trade Law Implications", en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994, p. 123.

probable que en un caso como éste el país importador intente justificar el impuesto diciendo que los automóviles de alto consumo de combustible no son productos similares a los automóviles de menor consumo. El éxito de esta defensa dependerá de las circunstancias concretas del caso, incluida la forma en que el impuesto es aplicado. Antes del establecimiento de la OMC, un Grupo Especial del GATT, analizando entre otras medidas un impuesto aplicado a los automóviles con base en su consumo de combustible, consideró que los automóviles de menor consumo no eran similares a los automóviles de alto consumo. Para el Grupo Especial, el artículo III permite las distinciones normativas entre dos productos si ésta no se debe a motivaciones proteccionistas¹⁰⁴. En otras palabras, dos productos pueden no ser considerados similares si el trato diferenciado no tiene como finalidad proteger a los productos nacionales. Dado que esta forma de analizar la similitud de dos productos fue rechazada por el Órgano de Apelación en casos posteriores, no está claro que actualmente el OSD de la OMC apoya la conclusión del Grupo Especial citada¹⁰⁵.

3. La aplicación del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y el principio de la Nación Más Favorecida

Los compromisos de reducción de emisiones establecidos en el Protocolo de Kioto han tomado en cuenta la responsabilidad histórica de los países desarrollados en la emisión de gases efecto invernadero y las necesidades de desarrollo de los países pobres para asignar compromisos de reducción de emisiones. A diferencia de los países desarrollados (Anexo I), los países en vías de desarrollo no tienen compromisos

¹⁰⁴Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*. . . , *op. cit.*, parr. 5.7.

¹⁰⁵ El Órgano de Apelación dijo que el examen de similitud debe realizarse sobre bases objetivas de modo que es irrelevante que existiera o no una intención proteccionista. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*. OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 4 de octubre de 1996, párr. H.2.c).

de reducción de emisiones específicos. De este modo, se pretende no entorpecer su desarrollo económico evitándoles los costes que el cumplimiento de un programa de reducción estricto podría conllevar¹⁰⁶. Ahora bien, si de conformidad con lo que hoy se conoce como el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas un país no aplica un ajuste de frontera de un impuesto al carbono a un país en desarrollo pero sí lo aplica a un país desarrollado se produciría una violación del artículo I del GATT. Si el país desarrollado no es parte en el Protocolo de Kioto las posibilidades de que llegue el conflicto al OSD aumentan. En cualquier caso, los impuestos sobre carbono o energía que sean considerados contrarios al artículo I o III podrán justificarse si logran cumplir con las condiciones de los incisos b) o g) del artículo XX.

B) LA APLICACIÓN DE LOS INCISOS B) Y G) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

Pese a que los impuestos destinados a hacer frente al cambio climático tienen como finalidad evitar los daños al ecosistema terrestre como un todo, es innegable que dentro de este ecosistema están comprendidos todos los elementos ambientales a los que le son aplicables los incisos b) y g) del artículo XX¹⁰⁷. No obstante, siempre es posible que los países afectados argumenten que no existen pruebas científicas incuestionables sobre el impacto directo de la emisión de gases efecto invernadero en

¹⁰⁶ El párrafo 1 del artículo 3 del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático dispone textualmente: “. . . Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos. . .”.

¹⁰⁷ PNUMA, *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2002 (GEO3): Pasado, Presente y Futuro*, Madrid: Mundi-Prensa, 2002, p. 303. Esta interpretación tiene apoyo en los argumentos del Órgano de Apelación expuestos en el asunto *Camarón-Tortugas* en el que sostuvo que: “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* -que informa no sólo al GATT de 1994 sino también a todos los demás acuerdos que incluye- reconoce explícitamente “el objetivo de un *desarrollo sostenible*”. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . ., *op. cit.*, párr. 128.

los recursos naturales agotables, animales, plantas o salud de las personas¹⁰⁸. Por otro lado, este tipo de impuestos al parecer satisfacen la “prueba de necesidad”. En virtud de que las emisiones de dióxido de carbono por la combustión de energías fósiles representa más del 75 por ciento de las emisiones de gases efecto invernadero de los países desarrollados¹⁰⁹, los economistas consideran los impuestos al contenido de carbono de los combustibles fósiles o sobre eficiencia energética como uno de los medios que permiten lograr reducir emisiones para cumplir con las normas sobre cambio climático a un menor coste¹¹⁰.

La exigencia de ser relativa a la conservación, como ya hemos mencionado, se ha interpretado exigiendo una *auténtica relación* entre la medida y el bien a proteger. Aunque sin duda existe una relación entre los impuestos al carbono o energéticos y la protección del ecosistema terrestre, es innegable que la protección de los recursos naturales no es el objetivo principal de este tipo de medidas -aunque sean protegidos de forma implícita, si no incidental-. Por otro lado, la exigencia de aplicar restricciones conjuntas al consumo o producción doméstica del inciso g) parece ser un aspecto inseparable de los ajustes fiscales de frontera aplicados a los productos importación. Por último, las cuestiones sobre el alcance de aplicación de los incisos b) y g) del artículo XX no se presentan en las medidas aplicadas para hacer frente al cambio climático. Este tipo de medidas abordan un problema que afecta el medio ambiente global, que incluye obviamente el del país importador y, por lo tanto, existe un vínculo suficiente entre el bien a proteger y el país que aplica la medida.

¹⁰⁸ J. Cameron y Z. Makuch, “Implementation of the United Nations Framework Convention . . .”, *op. cit.*, p. 131. Para un argumento en contra véase D. Brack, M. Grubb y C. Windram, *International Trade and Climate Change Policies. . .*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁹ Intergovernmental Committee for a Framework Convention on Climate Change, *Compilation and Synthesis . . .*, *op. cit.*

¹¹⁰ R. C. Dower y M. B. Zimmerman, *The Right Climate for Carbon Taxes: Creating Economic Incentives to Protect the Atmosphere*, Washington DC: World Resources Institute, 1992, p. 3.

Si una medida logra justificarse provisionalmente en los incisos b) o g), aún tendrá que cumplir con las condiciones de la cláusula introductoria del artículo XX¹¹¹.

C) LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LA CLÁUSULA INTRODUCTORIA DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

Hemos mencionado ya que para el Órgano de Apelación las medidas multilaterales son más fácilmente justificables que las medidas unilaterales cuando se trata de proteger bienes ambientales compartidos, como es el caso. No está claro que las medidas fiscales adoptadas en el contexto del Protocolo de Kioto reciban toda la deferencia de las medidas multilaterales que anuncia el Órgano de Apelación. El Protocolo de Kioto no obliga a los miembros adoptar una medida determinada ni hace una referencia expresa a la aplicación de impuestos al carbono o a la energía y, por lo tanto, sus disposiciones para algunos países no se consideran obligaciones comerciales específicas¹¹². Por esta razón, independientemente de que la aplicación de medidas relacionadas con el comercio a Estados no Partes en los AMUMA no se consideran estrictamente multilaterales, como observa S. Charnovitz, la aplicación de cargas o impuestos para prevenir el cambio climático será considerada una medida doméstica¹¹³. G. Goh deduce de aquí que el país importador deberá entablar negociaciones de buena fe para acordar soluciones conjuntas con los Estados no partes en el Protocolo de Kioto si no quiere correr el riesgo de que sus medidas fiscales se califiquen de discriminación arbitraria o injustificada¹¹⁴. Ahora bien, es

¹¹¹ Existe cierto paralelismo entre las el preámbulo del artículo XX del GATT y el párrafo 5 del artículo 3 del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático que dispone: “. . . las medidas adoptadas para combatir el cambio climático, incluidas las unilaterales, no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional. . .”.

¹¹² Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria - *Los impuestos, subvenciones e incentivos a la energía . . .*, *op. cit.*

¹¹³ S. Charnovitz, *Trade and Climate: Potential Conflicts and Synergies. . .*, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁴ G. Goh, “The World Trade Organization, Kyoto . . .”, *op. cit.*, p. 418.

probable que a los países importadores no se les aplique la exigencia de “negociar” en aquellos casos en que se vean involucrados los Estados que participaron en las negociaciones del Protocolo de Kioto pero que al final decidieron no quedar vinculados por el acuerdo¹¹⁵.

Adicionalmente, se ha exigido, en el momento de examinar la posible discriminación arbitraria o injustificada, que se tome en cuenta las condiciones de los países afectados. El Órgano de Apelación puede considerar contraria a esta condición la aplicación de impuestos al carbono o a la energía que no tomen en cuenta las medidas adoptadas en los países afectados para hacer frente al cambio climático. Es posible que la aplicación de impuestos de este tipo se considere injustificada si el país afectado ha adoptado medidas efectivas, aunque no necesariamente de naturaleza fiscal, para combatir el cambio climático. En un supuesto como éste, el ajuste de frontera no se podría justificar argumentando razones ambientales, pues de ser aplicado claramente sería respondiendo a consideraciones de competencia¹¹⁶.

Por último, al igual que todas las medidas adoptadas para favorecer los objetivos de un AMUMA, las medidas fiscales aplicadas en el contexto del Protocolo de Kioto, salvo prueba en contrario, no deberían ser consideradas una restricción encubierta al comercio internacional.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 417.

¹¹⁶ D. Brack, M. Grubb y C. Windram, *International Trade and Climate Change . . .*, *op. cit.*, p. 88; K. Kennedy, “Reforming U.S. Trade Policy to Protect the Global Environment: A Multilateral Approach”, *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 18, No. 1, 1994, p. 200.

Capítulo VIII

**EL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO FUNDAMENTADO PREVIO Y
LAS ECOETIQUETAS**

El Derecho internacional del medio ambiente tiene un claro enfoque preventivo debido al carácter irreversible de algunos daños ambientales. Disponer de forma oportuna de información sobre los efectos ambientales que produce una actividad podría evitar en muchos casos algunos daños irreparables. No es pues extraño que para lograr sus objetivos algunos Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) utilicen controles comerciales basados en la información como el procedimiento de consentimiento fundamentado previo (CFP)¹ y los sistemas de ecoetiquetado². Ahora bien, aunque en sí mismo el CFP no parece ir en contra de ninguna obligación del régimen del comercio internacional, en algunos casos, las limitaciones comerciales resultantes de su aplicación pueden dar lugar a algunos problemas de legalidad³. Por su parte, las ecoetiquetas han sido analizadas y reguladas

¹ Entre los principales acuerdos que aplican controles comerciales a través de la implementación del procedimiento del consentimiento fundamentado previo se encuentran el Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación –en lo sucesivo el Convenio de Basilea-, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989 (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, No. 227); el Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (*BOE*, 1º de febrero de 1994, No. 27); el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, hecho en Rotterdam el 10 de septiembre de 1998 (*BOE*, 25 de marzo de 2004, No. 73). Para un análisis del procedimiento de consentimiento fundamentado previo en el contexto del comercio de sustancias químicas véase R. L. Paarlberg, “Managing Pesticide Use in Developing Countries”, en: P. M. Haas y R. O. Keohane (eds.), *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection*, Cambridge: MIT Press, 1994, Chapter 7. Para un análisis del régimen del comercio internacional de residuos peligrosos véase Krueger, “Prior Informed Consent and the Basel Convention: The Hazards of What Isn't Known”, *Journal of Environment & Development*, Vol. 7, 1998, p. 115.

² Entre los principales acuerdos que aplican controles comerciales a través de un sistema de etiquetado ecológico se encuentran el Convenio de Basilea (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, No. 227) y el Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 (*BOE*, 30 de julio de 1986, No 181).

³ O. Rivera-Torres, “The Biosafety Protocol and the WTO”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 26, Spring 2003, p. 310; N. Bernasconi-Osterwalder, “The Cartagena Protocol on Biosafety: A Multilateral Approach to Regulate GMO's” en: E. Brown Weiss y J. Jackson, *Reconciling Environment and Trade*, New York: Transnational Publishers, 2001, p. 712; S. Safrin,

por el régimen del comercio internacional por guardar un gran potencial de ser utilizadas con fines proteccionistas⁴.

El objetivo de este capítulo es examinar en qué medida las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) pueden ser un obstáculo para la aplicación del CFP y de los sistemas de ecoetiquetado. Siguiendo la metodología de capítulos anteriores realizaremos este examen utilizando como caso de estudio las disposiciones de un AMUMA. Para el presente capítulo hemos elegido las disposiciones del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología (en lo sucesivo el Protocolo de Cartagena) que, además de incorporar tanto el CFP -bajo la denominación de “procedimiento de acuerdo fundamentado previo (PAFP)”- como un sistema de ecoetiquetas, es un de los AMUMA más recientes y versa sobre un tema altamente novedoso y controvertido⁵. El Protocolo establece procedimientos aplicables al movimiento transfronterizo de los organismos objeto de la biotecnología, a los que se refiere como “organismos vivos modificados” (OVM)⁶. Su objetivo es garantizar el movimiento transfronterizo seguro de aquellos OVM que pueden afectar a la biodiversidad, teniendo en cuenta también los riesgos para la salud humana⁷.

“Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements.” *The American Journal International Law*, Vol. 96, No. 3, 2002, pp. 606-628; S. Charnovitz, “The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules”, *Tulane Environmental Law Journal*, Vol 13, 2000, pp 271-300; T. J. Schoenbaum, “Internacional Trade in Living Modified Organisms”, en: F. Francioni, *Environment, Human Rights & International Trade*, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 27-38.

⁴ Los efectos de las ecoetiquetas en el Sistema Multilateral del Comercio han sido analizados por el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de la OMC. Sin embargo, no ha realizado aportaciones para solucionar los puntos de conflicto identificados. Véase el primer informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/1 de fecha 12 de noviembre de 1996, párr 183. Véase también S. Charnovitz, “Critical Guide to the WTO-s Report on Trade and Environment”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, Spring 1997, p. 359; J. Haverkamp, “WTO Committee on Trade and Environment”, *American Law Institute – American Bar Association Continuing Legal Education Course of Study*, May 15, 1997, pp. 411-416.

⁵ Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica –en lo sucesivo el Protocolo de Cartagena-, hecho en Montreal el 29 de enero de 2000 (BOE, 30 de julio de 2003, No. 181). Véase también AA. VV., *An Explanatory Guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*, Switzerland: IUCN in collaboration with FIELD and WRI, 2003.

⁶ Inciso g) del artículo 3 del Protocolo de Cartagena.

⁷ Artículo 1 del Protocolo de Cartagena. Grupos científicos han identificado cuatro tipos de riesgos para el medio ambiente o la salud derivados de las características de los OVM (el proceso de la ingeniería

Actualmente el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC está conociendo de una controversia respecto de una medida, que si bien no ha sido adoptada en el contexto del Protocolo de Cartagena, versa sobre su mismo ámbito material de aplicación y utiliza instrumentos similares a los que habrán de ser examinados en el presente capítulo⁸. Utilizar las disposiciones del Protocolo de Cartagena como caso de estudio tiene la ventaja adicional de permitirnos ver la forma en que las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) interactúan con las disposiciones del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y del Acuerdo sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)⁹. Así, la primera parte de este capítulo la dedicamos a analizar la compatibilidad del PAFP con el GATT, el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC. En la segunda parte seguimos un orden de análisis similar pero en esta ocasión examinamos el sistema de ecoetiquetado.

I. EL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO FUNDAMENTADO PREVIO

Antes de que la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) hiciera uso por primera vez del procedimiento del acuerdo

genética no es intrínsecamente peligroso). El primer tipo de riesgos se relaciona con los posibles cambios en las funciones y roles ambientales. El segundo tipo de riesgos se relaciona con el cambio en las relaciones genéticas; por ejemplo, el que se puede producir por el consumo de OVM por especies no modificadas. El tercer tipo de riesgos se caracteriza como efectos indirectos, que pueden ocurrir simplemente por la interacción durante tiempos prolongados entre OVM y no modificados con potenciales efectos en la jerarquía de competencia natural entre los organismos y la modificación del medio ambiente del que dependen las especies nativas. El cuarto tipo de riesgos son los cambios en la toxicidad y composición nutricional de los alimentos. Una persona puede saber que es alérgica a los tomates, sin embargo, y no saber que es alérgica a los organismos utilizados para modificarlos. *Cfr. Scientists' Working Group on Biosafety, Manual for Assessing Ecological and Human Health Effects of Genetically Engineered Organisms*, Washington: The Edmonds Institute, 1998.

⁸ El asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* se contiene en los documentos WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293, pero de momento no se ha adoptado ningún informe.

⁹ El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio –en lo sucesivo el GATT–, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –en lo sucesivo Acuerdo MSF– y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio –en lo sucesivo Acuerdo OTC– pueden consultarse, respectivamente, en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25 y 503-583, 72-88, 143-169.

fundamentado previo (PAFP) para la protección del medio ambiente, éste ya se aplicaba en el campo de la medicina en donde todos los pacientes tienen el derecho de ser debidamente informados con antelación de que un determinado tratamiento o intervención conlleva posibles riesgos para su salud. Esto tiene como finalidad poner a su disposición la información necesaria que les permita tomar una decisión fundamentada sobre si desean o no recibir el tratamiento o correr el riesgo de que se trate¹⁰. En el campo de la protección del medio ambiente, el funcionamiento del sistema es similar aunque los sujetos involucrados y los tipos de riesgos cambian. Normalmente las empresas exportadoras de un producto que pueda poner en riesgo el medio ambiente deben informar a las autoridades competentes del país importador de sus intenciones de llevar a cabo la importación, de esta manera el país importador podrá tomar una decisión fundamentada sobre si desea correr o no ese riesgo permitiendo o prohibiendo la importación. Este tipo de procedimientos de información previa resulta especialmente útil para ayudar a los países que no cuentan con métodos efectivos para identificar en sus controles fronterizos los riesgos ambientales de las mercancías que son importadas a su territorio.

En el contexto del Protocolo de Cartagena, el ámbito material de aplicación del PAFP se limita a los OVM destinados a la introducción deliberada en el medio ambiente de la Parte de importación como pueden ser las semillas y los peces¹¹. El PAFP requiere que, antes del primer movimiento transfronterizo de OVM, el

¹⁰ El Código Internacional de Conducta para la Distribución y Utilización de Plaguicidas fue uno de los primeros códigos de conducta voluntarios encaminados a seguir una mejor seguridad alimentaria y, al mismo tiempo, proteger la salud humana y el medio ambiente. Fue adoptado en 1985 por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en su 23º período de sesiones y posteriormente modificado para incluir disposiciones relativas al procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo en el 25º período de sesiones de la Conferencia de la FAO. El texto de este código puede consultarse en www.fao.org

¹¹ Párrafo 1 del artículo 7 del Protocolo de Cartagena. Los OVM que no se destinan a la liberación en el medio ambiente del país importador y que son destinados para uso como alimento humano o animal o para procesamiento, como por ejemplo, los granos destinados a hacer aceite o el maíz para alimentar ganado, no se sujetan al PAFP. Los OVM en tránsito por terceros Estados o destinados para un uso contenido como la investigación tampoco se sujetan a este procedimiento.

exportador solicite el consentimiento de la parte importadora que decidirá basándose en una evaluación del riesgo ambiental si los permite o no, y en su caso, en qué condiciones¹². El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos suficientes sobre los efectos adversos de un OVM, no impedirá que el país posiblemente afectado adopte una decisión en relación con su importación¹³.

El Protocolo de Cartagena no contiene prohibiciones comerciales destinadas a los Estados no Partes, sólo exige que los movimientos transfronterizos de OVM entre Partes y no Partes se realicen de forma compatible con los objetivos del acuerdo¹⁴. Para tal efecto el Protocolo anima a los Estados Parte a celebrar acuerdos internacionales con los Estados que no son Partes¹⁵. No obstante, como observa O. Rivera, es posible que la manera más simple de que los Estados Parte actúen de conformidad con el Protocolo en el contexto de los movimientos transfronterizos de OVM con Estados que no son Partes sea sujetarlos a las mismas condiciones que a los Estados Parte, entre otras, al PAFP¹⁶.

Ahora bien, ya que el PAFP en el Protocolo de Cartagena pueden dar lugar a limitaciones comerciales de OVM su aplicación puede ser sometida a exámenes de legalidad con base en el GATT, el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC¹⁷.

¹² *Idem.*, en relación con los artículos 5, 6, 8-10 y 12.

¹³ *Ibid.*, párrafo 6 del artículo 10. El consentimiento sobre la importación de un OVM puede ser revisado o modificado sobre la base de nueva información científica acerca de los posibles efectos adversos en la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana. Esta revisión puede ser de forma unilateral por el país importador o a solicitud de la parte exportadora.

¹⁴ *Ibid.*, párrafo 1 del artículo 24.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ O. Rivera-Torres, "The Biosafety Protocol and the WTO . . .", *op. cit.*, pp. 309-310.

¹⁷ T. P. Stewart y D. S. Johanson, "A Nexus of Trade and the Environment: The Relationship Between the Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement of the World Trade Organization", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 14, 2003, p. 4. Argumentando que la mayor parte de los productos biotecnológicos serán materia analizable en el Acuerdo MSF véase D. Winickoff, S. Jasanoff, L. Busch, R. Grove-White y B. Wynne, "Adjudicating The GM Food Wars: Science, Risk, And Democracy In World Trade Law", *Yale Journal of International Law*, Vol. 30, Winter 2005, p. 90. Argumentando que las medidas adoptadas en virtud del Protocolo de Cartagena pertenecen al ámbito material del Acuerdo OTC véase A. A. Ostrovsky, "The European Commission's Regulations for Genetically Modified Organisms and the Current WTO Dispute- Human Health or Environmental Measures?: Why the Deliberate Release is More Appropriately Adjudicated in the WTO

El GATT es aplicable al comercio de bienes. Las restricciones comerciales a los productos aplicadas con fines ambientales o para proteger la salud humana quedan sujetas a los límites por este acuerdo establecidos¹⁸. Por su parte, el Acuerdo MSF es aplicable a las medidas sanitarias y fitosanitarias que los miembros adoptan para proteger la salud humana o animales o para preservar los vegetales dentro de su jurisdicción¹⁹. Como observan algunos autores, los instrumentos legislativos en materia de riesgos para la salud humana y el medio ambiente derivados de los OVM de los países desarrollados normalmente adoptan la forma de medidas sanitarias o fitosanitarias²⁰. Por último, el Acuerdo sobre OTC es aplicable a los reglamentos técnicos obligatorios y a los estándares voluntarios que regulen los productos, comprendidos los industriales y los agropecuarios²¹. El medio ambiente y la salud humana son reconocidos por el Acuerdo OTC como objetivos legítimos de los reglamentos técnicos. Es difícil establecer con precisión las relaciones entre las disposiciones de estos acuerdos. En algunos casos, todos serán aplicables, en otros sólo uno o dos, todo dependerá de cómo se caracterice la medida²².

Algunos autores han teorizado sobre la aplicación de las normas consuetudinarias de Derecho internacional público para solucionar los posibles conflictos normativos entre los distintos acuerdos de la OMC, es decir, aquellos casos

under the TBT Agreement”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 15, Spring 2004, p. 233.

¹⁸ Véanse los artículos I–III y XI del GATT.

¹⁹ Párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre MSF.

²⁰ R. Howse y P. C. Mavroidis, “Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMOs--The Issue of Consistency With WTO Law: of Kine and Brine”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, November-December 2000, p. 321.

²¹ Artículo 1, párrafo 3 del Acuerdo OTC:

²² Las disposiciones del Acuerdo OTC no son aplicables a las medidas comprendidas en el Acuerdo MSF. Esto podría llevar a concluir que la aplicación simultánea de estos dos acuerdos no es posible. Sin embargo, algunas medidas a pesar de contener algunos aspectos analizables con base en el Acuerdo MSF pueden contener reglamentos técnicos que escapen el ámbito de aplicación de este acuerdo y, por lo tanto, podría ser aplicable el Acuerdo OTC. Véase G. Marceau y J. P. Trachtman, “The Technical Barriers to Trade Agreement; the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods”, *Journal of World Trade*, Vol. 36, No. 5, 2002, p. 877; N. Bernasconi-Osterwalder, “The Cartagena Protocol on Biosafety . . .”, *op. cit.*, p. 704.

en que las obligaciones comerciales derivadas de dos o más acuerdos no pueden ser cumplidas por un mismo Estado de forma simultánea²³. Sin embargo, estas normas no tienen aplicación en el caso específico que nos ocupa²⁴. El Derecho internacional general en materia de conflictos normativos sólo es aplicable en los casos en que los tratados no prevean una solución²⁵. El Acuerdo por el que se establece la OMC dispone que en caso de conflicto entre una disposición del GATT de 1994 y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1 -entre los que se encuentran el Acuerdo sobre MSF y sobre OTC- prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro acuerdo²⁶. Más aún, en el contexto de la relación entre el GATT, el OTC y el MSF un conflicto normativo en sentido estricto es muy poco probable que se presente. Como observan Marceau y Trachtman, es difícil imaginar circunstancias en donde uno de estos acuerdos requiera lo que otro acuerdo prohíbe²⁷. En cualquier caso, en diversas ocasiones los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC han manifestado que las obligaciones de los distintos acuerdos comerciales son acumulativas y deben de ser cumplidas por los miembros simultáneamente²⁸. Esto en

²³ Normalmente se toman en cuenta los principios de inviolabilidad de las normas de *ius cogens*; el de *lex posteriori*, que establece que el tratado más reciente debe ser aplicado y; el de *lex specialis*, que dispone que el tratado más específico deroga a uno más general. Véase el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –en lo sucesivo CVDT- (BOE, 13 de junio de 1980, No.142). Sobre los principios de Derecho internacional público aplicables en caso de conflictos normativos véase O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 103.

²⁴ Por un lado, el principio de inviolabilidad de *ius cogens* no tiene aplicación ya que todos los acuerdos de la OMC tienen la misma fuerza vinculante y ninguno codifica normas de *ius cogens*. Tampoco tiene aplicación el principio de *lex posteriori* ya que todos los acuerdos de la OMC fueron adoptados al mismo tiempo. En cuanto al principio de *lex specialis*, además de no ser un principio codificado en la CVDT, no ha sido aún aceptado (aunque tampoco rechazado) por los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación de la OMC. R. Howse y P. C. Mavroidis, “Europe’s Evolving Regulatory Strategy for GMOs. . .”, *op. cit.*, pp. 322-323.

²⁵ Cfr. Artículo 30 de la CVDT.

²⁶ Véase la nota interpretativa general al Anexo 1 A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, en vigor desde el 1º de enero de 1995 (BOE, 24 de enero de 1995, No. 20).

²⁷ G. Marceau y J. P. Trachtman, “The Technical Barriers to Trade Agreement. . .”, *op. cit.*, p. 869.

²⁸ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*. OMC. Doc. WT/DS31/AB/R de 30 de junio de 1997, párr. 449; informe del Grupo Especial en el caso *Indonesia – Medidas que afectan la industria del automóvil*. OMC Doc. WT/DS54, 55, 59, 64/R, del 23 de julio de 1998, párr. 221; informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados*

otras palabras quiere decir que, en principio, si una medida o diversos aspectos de ella pueden quedar comprendidos en el ámbito material de los tres acuerdos, todos serán aplicables. No obstante, en la práctica, el principio de economía procesal puede llevar al OSD a dejar de examinar un acuerdo que en principio es aplicable.

Por último, conviene mencionar que el Protocolo de Cartagena contiene una ambigua cláusula de conflicto que reconoce que sus disposiciones no podrán interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor. Asimismo dispone que el párrafo anterior no tiene por objeto subordinar el Protocolo a otros acuerdos internacionales. La historia legislativa indica que al hacer referencia a “otros acuerdos internacionales” los negociadores del Protocolo tenían en mente a las normas de la OMC. La ambigüedad de esta cláusula de conflicto es tal que no permite saber a ciencia cierta cuál es la relación del Protocolo frente a otros acuerdos internacionales en vigor. Para algunos, la cláusula hace primar a las normas de la OMC sobre el Protocolo; para otros, es el Protocolo el que prima sobre las normas de la OMC.

A) LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE OVM EN EL GATT

1. *Los movimientos transfronterizos de OVM y las reglas generales del GATT*

Si un país miembro de la OMC, por ejemplo, niega a otro país miembro el consentimiento para introducir en su territorio semillas de maíz modificadas genéticamente viola el artículo XI del GATT que prohíbe las restricciones cuantitativas²⁹. Por otro lado, si no consiente la importación de maíz modificado genéticamente de un país miembro de la OMC, pero permite la comercialización de

Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea. OMC. Doc. WT/DS202/AB/R del 16 de febrero de 2002, párr. 866. En este contexto se ha considerado necesario aplicar el principio de interpretación efectiva, en donde la exégesis de una disposición en un acuerdo no reste sentido a una disposición de otro acuerdo.

²⁹ Cfr. artículo XI del GATT.

semillas de maíz no modificadas producidas nacionalmente, en caso de que ambas semillas sean consideradas “similares o directamente competidores”, se violaría el principio del trato nacional del artículo III; y si se consiente la importación de semillas no modificadas de otro miembro se violaría el principio de la nación más favorecida del artículo I del GATT³⁰. Si existe evidencia científica de que las semillas de maíz modificadas genéticamente dañan la salud de las personas, los animales o las plantas, es posible que lleguen a ser consideradas productos no similares a las semillas no modificadas lo que eliminaría la violación a los artículos I y III según el caso³¹. Sin embargo, no está claro que se llegue a la misma conclusión si los riesgos no están probados³². Ya hemos mencionado que el Protocolo de Cartagena permite a las partes adoptar decisiones en relación con la importación de OVM para proteger la salud o el medio ambiente aunque no exista certeza científica o falte información sobre los posibles riesgos³³. En los artículos I o III del GATT no hay nada equiparable a una autorización para discriminar en términos preventivos.

2. *Los movimientos transfronterizos de OVM y las excepciones ambientales del artículo XX del GATT*

Una medida que sea contraria a los artículos I, III y XI, como hemos tenido oportunidad de ver en capítulos anteriores, requiere justificarse en alguna de las excepciones ambientales del artículo XX del GATT para poder ser mantenida válidamente. Al ocuparse de las medidas necesarias para proteger la salud y vida de las personas y animales y para preservar los vegetales el inciso b) del artículo XX es

³⁰ Cfr. artículos I y III del GATT.

³¹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R, de fecha 12 de marzo de 2001, párrs. 101-102.

³² N. Covelli y V. Hohots, “The Health Regulation of Biotech Foods under the WTO Agreements”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, December 2003, p. 790.

³³ Párrafo 6 del artículo 10 del Protocolo de Cartagena.

el que sería aplicable³⁴. Esta disposición es desarrollada por el Acuerdo MSF aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar al comercio internacional³⁵. De hecho, si una medida sanitaria o fitosanitaria es considerada compatible con el Acuerdo sobre MSF se presume que también lo es con el inciso b) del artículo XX del GATT³⁶. Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en dos asuntos en los que resultaban aplicables ambos acuerdos, por economía procesal, decidieron examinar la medida en primer lugar con base en el Acuerdo sobre MSF³⁷. Dos argumentos apoyan este proceder. Por un lado, si se analiza primero la medida con base en el Acuerdo MSF y no se determina que exista violación de sus disposiciones, la presunción de compatibilidad evitaría un nuevo análisis con base en el GATT. Más aún, si la medida es declarada incompatible con el Acuerdo sobre MSF ya no sería necesario analizar nuevamente si es compatible con el GATT, puesto que la ilegalidad relativa al Acuerdo MSF no sería eliminada. Ninguna norma del GATT establece que si una medida es compatible con sus disposiciones también es compatible con el Acuerdo MSF. Por otro lado, si se analizara en primer lugar la medida con base en el GATT, en caso de ser considerada compatible, se tendría que analizar también si es compatible con el Acuerdo sobre MSF.

³⁴ Cfr. Inciso b) del artículo XX del GATT.

³⁵ Párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo MSF.

³⁶ Artículo 2.4 del Acuerdo MSF. Es importante observar el inciso b) del artículo XX del GATT y el Acuerdo sobre MSF pueden ser aplicados de forma independiente. En otras palabras, no es necesario que se produzca una violación a las normas del GATT para que el Acuerdo sobre MSF sea aplicable. Adicionalmente, los Grupos Especiales han dicho que el enfoque del inciso b) del artículo XX, al proveer una excepción general a las infracciones del GATT no limitadas meramente a las medidas sanitarias o fitosanitarias, difiere sustancialmente al enfoque adoptado por el Acuerdo sobre MSF que establece obligaciones específicas que un miembro debe cumplir al aplicar sus medidas sanitarias y fitosanitarias. Véase el informe del Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*. OMC Doc. WT/DS26/R/USA, del 18 de agosto de 1997, párrs. 8.38 y 8.39.

³⁷ Informe del Grupo Especial en el caso *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*. OMC Doc. WT/DS18/R Corr. 1, del 13 de julio de 1998, párr. 8.39; informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párr. 8.42.

B) LA COMPATIBILIDAD CON EL ACUERDO SOBRE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS

El ámbito de aplicación del Acuerdo MSF cubre una amplia gama de medidas, pero dos elementos limitan su campo de aplicación: 1) las medidas deben de estar dirigidas a proteger la salud de las personas o animales o a preservar los vegetales dentro de su territorio; 2) su aplicación se limita, en el caso de la salud humana, a las amenazas de los aditivos, contaminantes, toxinas, u otros organismos en los alimentos y en las bebidas causantes de enfermedades; en el caso de los animales y las plantas, a las enfermedades, plagas y otros organismos dañinos que puedan entrar, establecerse o propagarse en el país importador³⁸. El Acuerdo MSF no cita expresamente a los riesgos derivados de los OVM, sin embargo, sus disposiciones son aplicables si éstos pueden contaminar los alimentos, o pueden facilitar la propagación de plagas o enfermedades³⁹. Si una medida cae dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF deberá apoyarse en estándares internacionales cuando existen, es decir, en normas, directrices o recomendaciones internacionales⁴⁰.

1. *Los estándares internacionales y el Protocolo de Cartagena*

Las medidas que estén *en conformidad con* los estándares internacionales se consideran compatibles con el Acuerdo MSF y con el inciso b) del artículo XX del GATT⁴¹. Que una medida esté en conformidad significa que incorpora la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma

³⁸ Véase el párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF. Para un estudio de la forma en que ha sido interpretado el Acuerdo MSF por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC véase J. Pauwelyn, "The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes: EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals, *Journal of International Economic Law*, Vol. 2, No.4, 1999, pp. 641-664.

³⁹ S. Charnovitz, "The Supervision of Health and Biosafety Regulation . . .", *op. cit.*, pp. 276-277.

⁴⁰ Párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF.

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 1 del artículo 3.

interna⁴². Solamente se reconocen como organizaciones internacionales cuyos estándares pueden ser aplicados en el marco del Acuerdo MSF los elaborados por la Comisión del *Codex Alimentarius*, la Oficina Internacional de Epizootias y la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria⁴³. En las cuestiones no abarcadas por las organizaciones mencionadas los estándares serán los promulgados por otras organizaciones internacionales abiertas a todos los miembros de la OMC, que sean identificadas por el Comité⁴⁴. Algunos autores sostienen que el Protocolo de Cartagena es el candidato más obvio para ser considerado estándar internacional en materia de movimientos transfronterizos de OVM⁴⁵. No obstante, aunque el Protocolo de Cartagena está abierto a la firma de todos los miembros de la OMC, no es una organización internacional, es un tratado internacional. Adicionalmente, aun si se considerara a la Conferencia de las Partes del Protocolo de Cartagena como una organización internacional para los efectos del Acuerdo MSF⁴⁶ sus estándares sólo podrían ser aplicados en caso de que las otras tres organizaciones no tengan estándares establecidos y algunas de ellas ya elaboran estándares sobre OVM⁴⁷. Por último, hasta el momento el Protocolo de Cartagena no ha sido reconocido como un estándar internacional en la OMC⁴⁸.

⁴² Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . ., *op. cit.*, párr. 170.

⁴³ Anexo A del Acuerdo MSF.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ A. A. Ostrovsky, "The European Commission's Regulations for Genetically Modified . . .", *op. cit.*, p. 233.

⁴⁶ En la Conferencia de las Partes en el Protocolo de Cartagena sólo pueden participar los países vinculados por el acuerdo. Por otro lado, sólo pueden ser parte en el Protocolo aquellos países Parte en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que está abierto a la firma de todos los Estados, incluidos por supuesto todos los miembros de la OMC. Algunos autores sostienen que, al existir la posibilidad para que cualquier miembro de la OMC llegue a participar en la Conferencia de las Partes en el Protocolo de Cartagena, cabe la posibilidad de que llegue a ser considerada una organización internacional en el sentido requerido por el Acuerdo MSF. J. Scott, "International Trade and Environmental Governance: Relating Rules (and Standards) In the EU and The WTO", *European Journal of International Law*, Vol. 15, April 2004, p. 330, nota al pie 89.

⁴⁷ En el contexto de la Comisión del *Codex Alimentarius* se han elaborado los siguientes: a) *proyecto de directrices para la realización de la evaluación de la inocuidad de los alimentos producidos utilizando microorganismos de adn recombinante*. CAC/GL 46-2003; b) *proyecto de directrices para la*

Por otro lado, los miembros también pueden optar por establecer una medida que esté *basada en* los estándares internacionales; es decir, adoptar algunos de los elementos, aunque no sean todos, de la norma internacional⁴⁹. Más aún, un miembro puede apartarse totalmente de los estándares internacionales cuando busque un nivel de protección más elevado que el que podría lograrse con su aplicación⁵⁰. No obstante, las medidas que no estén en conformidad con los estándares internacionales no gozan de la presunción de compatibilidad con otras disposiciones del Acuerdo MSF o del inciso b) del artículo XX del GATT⁵¹. Esto quiere decir que se les exige el cumplimiento de ciertas condiciones, entre otras, que las medidas cumplan con la “prueba de necesidad” y se adopten con base en principios científicos.

2. *La prueba de necesidad y los principios científicos como base para las medidas sanitarias y fitosanitarias*

Los miembros tienen la obligación de asegurarse de que las medidas adoptadas en este campo se apliquen en cuanto sean *necesarias* para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Este tipo de medidas deberán estar basadas en principios científicos y no podrán mantenerse sin testimonios científicos suficientes⁵². Esta versión de la “prueba de necesidad” tiene íntima

realización de la evaluación de la inocuidad de los alimentos obtenidos de plantas de ADN recombinante. CAC/GL 45-2003; c) proyecto de principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos. CAC/GL 44-2003.

⁴⁸ M. M. Compton, “Applying World Trade Organization Rules to the Labelling of Genetically Modified Foods”, *Pace International Law Review*, Vol. 15, Fall 2003, p. 391. Ahora bien, cabe la posibilidad de que los estándares adoptados por las organizaciones internacionales reconocidas por el Acuerdo MSF guarden similitud con las exigencias del Protocolo de Cartagena. Si es así, una medida adoptada en el marco del Protocolo de Cartagena podría considerarse basada en o de conformidad con los estándares internacionales derivados de otras organizaciones internacionales.

⁴⁹ Párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 3 del artículo 3.

⁵¹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne. . .*, *op. cit.*, párr. 171.

⁵² Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF. El Órgano de Apelación ha dicho que la prohibición de mantener una MSF sin testimonios científicos suficientes exige que exista una relación racional u objetiva entre la MSF y los testimonios científicos. La determinación de la existencia de una relación

relación con otra disposición del acuerdo que exige que las 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 económica⁵³. En ambos casos para que se produzca una violación debe haber disponible otra medida menos restrictiva para el comercio que no se aplicó y que sirve para alcanzar el nivel de protección elegido por el miembro. En este contexto los miembros están obligados a identificar el nivel de protección elegido; es decir, el nivel de riesgo que están dispuestos a aceptar⁵⁴. En caso de que surja una diferencia el país demandante debe demostrar que una medida alternativa existe⁵⁵ y el OSD, al considerarla, analizará si permite lograr el nivel de protección elegido⁵⁶.

El nivel de riesgo para la biodiversidad y la salud derivado de los movimientos transfronterizos de OVM que los países vinculados al Protocolo de Cartagena deciden aceptar es cero, pues ningún movimiento que no sea seguro para la biodiversidad, tomando en cuenta los riesgos para la salud humana, es aceptado⁵⁷. Conforme al PAFP, la denegación del consentimiento de importación de OVM debe ser precedida

racional entre una MSF y los testimonios científicos se efectuará caso por caso y dependerá de las circunstancias específicas del mismo, especialmente de las características de la medida objeto de litigio y de la calidad y cantidad de los testimonios científicos. Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*. OMC Doc. WT/DS76/AB/R del 22 de febrero de 1999.

⁵³ Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Esta disposición tiene una nota al pie que textualmente dispone: “A los efectos del párrafo 6 del artículo 5, 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”.

⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*. OMC. Doc. WT/DS18/AB/R, 20 de octubre de 1998, párrs. 204 y 205. El nivel de protección es una prerrogativa de los miembros. Es válido por lo tanto que un miembro decida que el nivel de riesgo que está dispuesto a aceptar sea cero.

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas . . .*, *op. cit.*, párrs. 126-130.

⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 197-200.

⁵⁷ El artículo 1 del Protocolo de Cartagena establece que su objetivo es un nivel *adecuado* de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización *seguras* de los OVM que puedan tener efectos adversos sobre la biodiversidad tomando en cuenta los riesgos para la salud humana. Aunque la referencia a un nivel de protección *adecuado* es demasiado vaga, la referencia posterior la seguridad en la transferencia manipulación y uso de los OVM indican, sin lugar a dudas, que todas aquellas transferencias que no sean seguras, es decir, que implican un riesgo, no son aceptables para los efectos del Protocolo.

por una evaluación del riesgo. Adicionalmente, el PAFP sólo es aplicable al primer intento de movimiento de los OVM limitando mayores impactos comerciales⁵⁸. Así, en términos generales, el PAFP no sólo no parece limitar el comercio más de lo necesario para alcanzar los niveles de protección elegidos sino que, además, parece cumplir con la exigencia de que la medida este basada en principios científicos.

Ahora bien, el Protocolo de Cartagena permite a las partes adoptar decisiones en relación con la importación de OVM aunque no exista certeza científica o falte información sobre los posibles riesgos⁵⁹. El Acuerdo MSF establece una excepción específica para las medidas adoptadas con carácter preventivo. Antes de entrar a analizar esta excepción conviene examinar la obligación de realizar una evaluación del riesgo ya que es exigible también para las medidas de carácter preventivo.

3. *El cumplimiento de la evaluación del riesgo*

El Acuerdo MSF exige que sus miembros basen las medidas adoptadas en este campo en una evaluación de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales⁶⁰. Si se trata de riesgos relacionados con los alimentos, en su evaluación el miembro debe identificar los potenciales efectos adversos en la salud humana o animal; si se trata de riesgos relacionados con las plagas o enfermedades, evaluar la probabilidad de entrada, establecimiento o propagación y sus potenciales consecuencias biológicas y

⁵⁸ O. Rivera-Torres, "The Biosafety Protocol and the WTO . . .", *op. cit.*, p. 310.

⁵⁹ Párrafo 6 del artículo 10 del Protocolo de Cartagena.

⁶⁰ Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo sobre MSF. La ciencia no puede establecer de forma absoluta que un determinado objeto no causará riesgos en ninguna circunstancia. Por lo tanto, es posible decir que todo implica un riesgo. Para el Órgano de Apelación esta incertidumbre teórica no es el tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, se ha de evaluar. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne. . .*, *op. cit.*, párr. 186. Los riesgos a los que hace referencia el artículo 5.1 requieren algún tipo de investigación empírica que indique que es probable que un riesgo determinado se materialice.

económicas⁶¹. Una medida puede considerarse basada en una evaluación del riesgo si incorpora algunos elementos de esta evaluación; no es necesario que exista una conformidad absoluta entre la medida y la evaluación⁶².

En el contexto del PCFP la parte importadora decidirá basándose en una evaluación del riesgo ambiental si permite o no la introducción en su territorio de OVM⁶³. El Anexo III desarrolla una serie de principios generales y líneas directrices que se habrán de seguir para la evaluación del riesgo con un enfoque centrado en la ciencia⁶⁴. Por lo tanto, si se niega el consentimiento para la introducción de un OVM por que la evaluación identifica un riesgo específico y establece la probabilidad de que éste produzca efectos adversos en la biodiversidad o la salud humana, la medida sería compatible con esta condición del Acuerdo sobre MSF⁶⁵.

Ahora bien, algunos expertos sostienen que, en el marco del Protocolo de Cartagena, la adopción de medidas preventivas es procedente no sólo cuando el estado de la ciencia ocasiona que las evaluaciones de los riesgos no produzcan resultados concluyentes, sino también cuando la falta de información científica no permite llevar a cabo una evaluación del riesgo⁶⁶. La posibilidad de adoptar medidas preventivas en

⁶¹ La evaluación de los riesgos cuando se trata de proteger la salud de las personas o animales parece distinto –no tan rígido– que la evaluación de los riesgos que pueden afectar a los vegetales. Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*. OMC Doc. WT/DS18/AB/R, 20 de octubre de 1998, párr. 140. Véase también el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF.

⁶² Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párr. 163.

⁶³ Párrafo 1 del artículo 7 del Protocolo de Cartagena en relación con los artículos 5, 6, 8-10 y 12.

⁶⁴ Véase el anexo III del Protocolo de Cartagena.

⁶⁵ El Órgano de Apelación en el caso de las hormonas dejó claro que “basada en” no deben entenderse como conformidad absoluta respecto a la evaluación del riesgo. Un cierto margen discrecional a favor de los miembros para establecer sus legislaciones debe reconocerse. Citan el siguiente pasaje: una medida basada en esa misma norma puede no conformarse con ella, como cuando solamente algunos elementos, y no todos, de la norma están incorporados en la medida. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párr. 163. Por otra parte, no es necesario que la mayor parte de la comunidad científica comparta la idea sobre el riesgo identificado y la probabilidad de que ocurra, evaluaciones del riesgo basadas en opiniones minoritarias podrían ser suficientes para cumplir esta condición. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párr. 194.

⁶⁶ AA. VV., *An Explanatory Guide to the Cartagena Protocol*. . . , *op. cit.*, p. 83.

el contexto del Acuerdo MSF no exime a los miembros de la obligación de realizar una evaluación del riesgo. Así, cualquier medida adoptada en este campo, incluidas las que tengan carácter preventivo, si no se adoptan con base en una evaluación del riesgo violaran el Acuerdo MSF.

4. *El principio de precaución*

Cuando la evidencia científica es insuficiente, el artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF permite la adopción de medidas provisionales (preventivas) sobre la base de la información pertinente de que se disponga. La "evidencia científica" será "insuficiente" si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación *adecuada* de los riesgos⁶⁷. El Órgano de Apelación ha observado que el párrafo 7 del artículo 5 refleja el principio de precaución del Derecho internacional⁶⁸. Esta disposición es una excepción al párrafo 2 del artículo 2 que exige, además de la "prueba de necesidad", que las medidas adoptadas en este campo se basen los principios científicos y no sean mantenidas sin testimonios científicos suficientes. En opinión del Órgano de Apelación

⁶⁷ La aplicación de medidas preventivas en este marco no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino más bien por la insuficiencia de testimonios científicos. Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*. OMC Doc. WT/DS245/AB/R, 26 de noviembre de 2003, párr. 184. Algunos autores sostienen que no siempre la ciencia puede resolver cuestiones sobre la evaluación del riesgo. Consideran que la valoración del riesgo debe considerar en algunos casos la opinión pública, particularmente cuando se analizan riesgos sobre aspectos novedosos como los OVM. D. Winickoff, S. Jasanoff, L. Busch, R. Grove-White y B. Wynne, "Adjudicating The GM Food Wars: Science, Risk, And Democracy In World Trade Law", *Yale Journal of International Law*, Vol. 30, Winter 2005, p. 94. Esta no es una opinión que encuentre eco en la práctica contenciosa de la OMC, por el contrario, al parecer las medidas adoptadas en el contexto del artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF no pueden adoptarse atendiendo a cuestiones éticas o de opinión popular.

⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . ., *op. cit.*, párr. 124. El principio de precaución dispone que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. Véase el principio 15 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, hecha en Río de Janeiro el 14 de Junio de 1992 (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). Véase también P. Jiménez de Parga, *El Principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*, Madrid: La Ley, 2001; D. Freestone y E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law [The Challenge of Implementation]*, The Hague: Kluwer Law International, 1996.

el principio de precaución no es una excepción para las obligaciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 que exigen llevar a cabo una evolución del riesgo⁶⁹. Así, cuando no exista información suficiente para realizar la evolución del riesgo las medidas preventivas adoptadas en virtud del Protocolo de Cartagena no podrán justificarse en el artículo 5.7 del Acuerdo MSF⁷⁰.

Otro aspecto que podría generar algunos conflictos es que en el Acuerdo MSF las medidas preventivas tienen carácter provisional al estar condicionadas, por un lado, a que los miembros busquen más información que les permita realizar una evaluación objetiva del riesgo y, por otro lado, a que se evalúe la medida en un plazo razonable⁷¹. El Protocolo de Cartagena no impone una limitación temporal para la aplicación de las medidas preventivas ni obliga a los Estados Parte a buscar más información o a revisar la medida dentro de un plazo razonable⁷². Por lo tanto, las medidas preventivas adoptadas en el marco del Protocolo de Cartagena, incluso si están basadas en una evaluación del riesgo -aunque éste por la falta de información no arroje resultados concluyentes-, podrían no encontrar justificación en el artículo 5.7 si no van acompañadas de esfuerzos por conseguir más información que permita realizar una evaluación más objetiva del riesgo o no se revisa dentro de un plazo razonable⁷³.

Aunque el Órgano de Apelación ha observado, de forma muy general, que el principio de precaución en parte también se ve reflejado en el párrafo 3 del artículo 3 que permite a los miembros elegir un nivel de protección más elevado que el de los

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 125.

⁷⁰ T. J. Schoenbaum, "Internacional Trade in Living Modified Organisms. . .", *op. cit.*, p. 33.

⁷¹ En opinión del Órgano de Apelación, lo que se entiende por "plazo razonable" es preciso determinarlo caso por caso y está en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria para el examen y las características de las MSF provisional. Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas . . .*, *op. cit.*, par. 93.

⁷² No obstante, el Protocolo permite -no obliga- que una decisión sobre la importación de OVM puede ser revisada sobre la base de nueva información, aunque no ordena la búsqueda de nueva información a los miembros.

⁷³ N. Bernasconi-Osterwalder, "The Cartagena Protocol on Biosafety. . .", *op. cit.*, p. 707.

estándares internacionales, no está claro si el párrafo 7 del artículo 5 es una excepción para otras disposiciones distintas del párrafo 2 del artículo 2, por ejemplo, la del artículo 5.5 que exige coherencia y prohíbe la discriminación arbitraria e injustificada y las restricciones encubiertas al comercio internacional.⁷⁴

5. *La exigencia de la coherencia, la proscripción de la discriminación arbitraria o injustificable y de las restricciones encubiertas al comercio internacional*

Con el objeto de lograr coherencia en los niveles de protección sanitaria o fitosanitaria los miembros deben evitar las distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que consideren adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional⁷⁵. Se considerará que una medida incumple con la exigencia de coherencia si: a) un miembro ha adoptado distintos niveles de protección en "diferentes situaciones" –diferentes niveles de protección frente a productos que representan un riesgo similar-⁷⁶, b) que los niveles de protección demuestren diferencias que son "arbitrarias o injustificables" y; c) que la medida que comprenda esas diferencias tenga por resultado una "discriminación o restricción encubierta del

⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párr. 124; S. Charnovitz, "The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules . . .", *op. cit.*, p. 290.

⁷⁵ Párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Es importante decir que esta norma debe leerse en el contexto del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF que prescribe lo siguiente: "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. Al leerse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2, cabe observar que el párrafo 5 del artículo 5 traza y detalla una vía particular que conduce al mismo destino establecido en el párrafo 3 del artículo 2". Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párr. 212.

⁷⁶ Ya que el marco general de la disposición es la coherencia podemos decir que es necesario que existan algunos elementos comunes que permitan realizar una comparación entre las distintas situaciones y los distintos niveles de protección. Si no existe ninguna relación entre las situaciones diferentes una comparación de los niveles de protección aplicados a éstas no serviría de ningún modo para lograr la coherencia exigida por el Acuerdo MSF. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párrs. 216-217.

comercio internacional".⁷⁷ Basta con que la medida sanitaria presente una sola de las situaciones descritas en los anteriores incisos para que sea considerada contraria a la exigencia de coherencia.

En principio, todas las medidas adoptadas en el marco del PAFP tendrán, como ya hemos mencionado, un nivel permitido de riesgo igual a cero. Por lo tanto, el nivel de protección será el mismo “para las situaciones diferentes”; es decir, para todos los movimientos transfronterizos de productos que contengan OVM. Así, al incumplirse la condición de “aplicar de distintos niveles de protección en distintas situaciones” no se produce la vulneración de la exigencia de coherencia mencionada. Ahora bien, el Órgano de Apelación exige que existan algunos elementos comunes entre las “distintas situaciones” para que sea posible comparar sus niveles de protección con el fin de determinar si existe o no coherencia entre las medidas. Es posible, por lo tanto, que se considere que los productos que contengan OVM tienen elementos comunes con otros productos que no contengan OVM pero que tengan los mismos usos, fines o sean percibidos por los consumidores como productos equiparables⁷⁸. Si es así, es posible que las medidas adoptadas en el contexto del PAFP no cumplan con la condición de coherencia. En la mayoría de los casos los productos no modificados no son sujetos a los mismos controles que los productos con OVM, ya que no se perciben como una amenaza similar⁷⁹. Claro está que quedaría por resolver si, a pesar de que existen distintos niveles de protección, se

⁷⁷ *Ibid.*, parr. 214; Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*. . . , *op. cit.*, párr. 140.

⁷⁸ En una ocasión un Grupo Especial analizó el nivel de protección de distintas hormonas naturales aplicadas para estimular el crecimiento con otras hormonas sintéticas con fines similares. Véase Informe del Grupo Especial en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos*. OMC Doc. WT/DS26/6, de 25 de abril de 1996, párrs. 8.197 y 8.214. Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párr. 221.

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*. . . , *op. cit.*, párr. 221. En el caso el Órgano de Apelación observa que los productos naturales no siempre son sujetos a controles estatales.

produce una discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional.

Algunos informes de los Grupos Especiales parecen indicar que si un Estado Parte en el Protocolo de Cartagena puede aportar razonamientos que den sentido al trato comercial distinto a los productos con OVM de los que no los contienen y si pueden aportar pruebas sobre los riesgos que, a diferencia de los productos sin modificaciones, presentan para la salud o animales o plantas, el trato discriminatorio no se consideraría injustificado o una restricción encubierta al comercio internacional⁸⁰. Una vez más el problema se presenta cuando la información científica no es suficiente y el trato discriminatorio atiende a motivaciones preventivas. La determinación de legalidad dependerá de si los Grupos Especiales consideran que existe un temor fundado de los posibles daños que justifiquen una medida preventiva.

Ahora bien, las medidas adoptadas para lograr los objetivos del Protocolo de Cartagena pueden ir más allá de la protección de los elementos ambientales a que hace referencia el Acuerdo MSF⁸¹. Como ya hemos mencionado, el Protocolo de Cartagena tiene por finalidad evitar los riesgos para la biodiversidad derivados del movimiento transfronterizo de OVM, tomando en cuenta los riesgos para la salud

⁸⁰ Informe del Grupo Especial en el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne*, párr. 8.193.

⁸¹ Algunos autores llegan a sostener que el ámbito material de aplicación del Acuerdo MSF es demasiado limitado y que el Acuerdo OTC es más adecuado para analizar las medidas aplicadas para proteger la biodiversidad en el contexto de los OVM. A. A. Ostrovsky, "The European Commission's Regulations for Genetically Modified Organisms . . .", *op. cit.*, p. 222. O. Rivera-Torres utiliza el siguiente ejemplo para esta posibilidad. Un país en virtud del PCFP del Protocolo de Cartagena niega su consentimiento para la introducción en su territorio de un tipo particular de semilla de maíz modificado genéticamente. La medida –producto de los procedimientos del Protocolo– probablemente se adopte con el objetivo anunciado de proteger a la biodiversidad. No obstante, un análisis más profundo de las razones que llevaron a su adopción puede revelar que la evaluación del riesgo identificó que esta semilla en particular acelera el proceso por medio del cual ciertos insectos desarrollan resistencia a los insecticidas existentes. Eso a su vez, podría crear un problema de plagas en el país generando un riesgo para los cultivos locales. Este tipo de medidas parecen quedar comprendidas en el Acuerdo sobre MSF al tener por objetivo anunciado la preservación de los vegetales de las plagas. Sin embargo, para que esta medida quede comprendida en el acuerdo sería necesaria sustituir el objetivo anunciado por uno que quede comprendido en el Acuerdo MSF, ignorando el propósito de la medida como una de carácter ambiental y ecológico. O. Rivera-Torres, "The Biosafety Protocol and the WTO . . .", *op. cit.*, p. 307.

humana⁸². El término biodiversidad incluye la diversidad entre los genes, la diversidad entre y dentro de las especies y la diversidad entre y dentro de los ecosistemas⁸³. El concepto de ecosistema tiene que ver más con las interconexiones a todos los niveles biológicos que con los seres humanos o las variedades animales y vegetales consideradas individualmente. Así, cabe la posibilidad de que una medida adoptada en el marco del Protocolo de Cartagena con la finalidad de proteger la diversidad biológica en general escape del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF.

C) LA COMPATIBILIDAD CON EL ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO

El Acuerdo OTC se aplica a los reglamentos técnicos que define como documentos de cumplimiento obligatorio que establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables⁸⁴. El Órgano de Apelación ha establecido tres criterios que una medida debe cumplir para calificar como reglamento técnico: a) el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable, aunque no se exige que este expresamente identificado; b) el documento debe prescribir o imponer, de forma afirmativa o negativa, una o más características intrínsecas o relacionadas con el producto; c) la observancia de las características del producto debe ser obligatoria⁸⁵.

El Acuerdo OTC sólo tiene una limitación: sus disposiciones no son aplicables

⁸² Artículo 1 del Protocolo de Cartagena.

⁸³ El artículo 2 del Convenio sobre Diversidad Biológica dispone que por "*diversidad biológica*" se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

⁸⁴ Párrafo 1 del Anexo del Acuerdo OTC.

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas*. OMC Doc. WT/DS231/AB/R, 26 de septiembre de 2002, párr. 176.

cuando un reglamento técnico sea también una medida sanitaria o fitosanitaria comprendida dentro del ámbito material de aplicación del Acuerdo MSF⁸⁶.

En principio, el PAFP puede implementarse a través de reglamentos técnicos en el sentido requerido por el Acuerdo OTC⁸⁷. En primer lugar, en el Protocolo se identifica con precisión que los OVM son los productos regulados. En segundo lugar, se establece, aunque sea de forma negativa, que los OVM no deben contener características o propiedades que represente una amenaza para la biodiversidad, tomando en cuenta los riesgos para la salud. Por último, el cumplimiento de las disposiciones del Protocolo, incluidas las relativas al PCFP, es obligatorio. Si una medida adoptada en el marco del Protocolo de Cartagena logra ser calificada como reglamento técnico tendrá que cumplir con las disciplinas del Acuerdo OTC, entre las que se encuentra la del trato nacional y de la nación más favorecida.

1. *El cumplimiento del principio de trato nacional y de la nación más favorecida*

Incorporando la esencia de los artículos I y III del GATT, el Acuerdo OTC exige que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados de otros miembros un trato no menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares y a los productos similares originarios de cualquier país⁸⁸. Al igual que sucede en los artículos I y III del GATT, la violación de los principios de la

⁸⁶ Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo OTC.

⁸⁷ N. Bernasconi-Osterwalder, "The Cartagena Protocol on Biosafety. . .", *op. cit.*, p. 703.

⁸⁸ Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación ha observado que, aunque el Acuerdo OTC tiene la finalidad de promover los objetivos del GATT, lo hace por medio de un régimen jurídico especial aplicable a cierto tipo de medidas. El Órgano de Apelación además ha observado que el Acuerdo OTC añade obligaciones a las establecidas en el GATT, aunque éstas son diferentes. Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto*. . ., *op. cit.*, párr 80. Por lo tanto, y en virtud del principio de interpretación efectiva, no sería correcto interpretar esta disposición del Acuerdo OTC como una exigencia idéntica a los artículos I y III del GATT pues se le privaría de todo sentido. Al parecer el preámbulo del Acuerdo OTC indica que el enfoque correcto es interpretar al artículo 2.1 –y el Acuerdo OTC en general- como regulador de la elaboración, adopción y aplicación de los reglamentos técnicos. Por lo tanto, para determinar si una medida es conforme al principio de trato nacional o de la nación más favorecida deberá examinarse únicamente la aplicación de los reglamentos técnicos, sin entrar a analizar los objetivos perseguidos. A. A. Ostrovsky, "The European Commission's Regulations for Genetically Modified . . .", *op. cit.*, p. 228.

NMF y de TN en el Acuerdo OTC se verá directamente influenciada por el juicio de similitud de los productos. Si se aplican los razonamientos utilizados en el contexto del GATT, en donde la relación de competencia entre dos productos es importante para determinar la similitud, es posible que los miembros no puedan discriminar entre los productos modificados genéticamente y lo no modificados. Adicionalmente, si llega a producirse la discriminación entre dos productos considerados similares, su justificación posterior en calidad de excepción no será posible ya que el Acuerdo OTC no contiene una disposición de contenido equivalente al artículo XX del GATT.

Para algunos autores, el hecho de que, por un lado, el Acuerdo OTC permita a los reglamentos técnicos perseguir objetivos legítimos como la protección del medio ambiente y la salud y, por otro lado, no contenga una disposición con excepciones generales, puede llevar al OSD de la OMC a interpretar la exigencia de similitud de forma más estricta, en donde los productos tengan que compartir más características cualidades y funciones para ser considerados “similares” que las exigidas en el contexto de los artículos I y III del GATT⁸⁹.

2. La prohibición a los obstáculos innecesarios al comercio internacional

El Acuerdo OTC exige a sus miembros que se aseguren de que los reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional y, para tal efecto, no deberán restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo⁹⁰. Dentro de los objetivos considerados legítimos se encuentran 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,

⁸⁹ G. Marceau y J. P. Trachtman, “The Technical Barriers to Trade Agreement. . .”, *op. cit.*, p. 822.

⁹⁰ Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos⁹¹. Aún no se ha interpretado “la prueba de necesidad” en el contexto del Acuerdo OTC, sin embargo es probable que llegado el momento su interpretación se vea influenciada por las realizadas al inciso del inciso b) del artículo XX del GATT que también incorpora la prueba de necesidad⁹².

En principio, la aplicación del PCFP no parece violar esta disposición⁹³. La denegación del consentimiento de importar OVM, por lo general, se realiza con base en una evaluación de los posibles riesgos ambientales y en la salud con base en una metodología científica. A los OVM que no presentan riesgos no se les niega el consentimiento de importación, eliminando así las posibles restricciones al comercio que no guardan relación con el fin perseguido. Por lo tanto, este tipo de medidas no parece ser desproporcionada a sus fines.

Ahora bien, más difícil es determinar la compatibilidad con el Acuerdo OTC de aquellos casos en que por falta de información o conocimientos científicos suficientes un miembro prohíbe la importación OVM de forma preventiva. Al parecer, una medida adoptada para proteger el medio ambiente o la salud –objetivos legítimos reconocidos por el Acuerdo OTC– sólo requieren ser adoptados con base en la

⁹¹ *Idem*. Una de las principales diferencias entre la “prueba de necesidad” del Acuerdo OTC y la del inciso b) del artículo XX del GATT tiene que ver con aspecto procedimental. Mientras en el GATT la carga de la prueba la tiene el Estado que ha aplicado la medida, en el Acuerdo OTC corresponde al país afectado por la medida demostrar que existen otras alternativas menos restrictivas para el comercio que sirven en la misma medida para lograr los mismos objetivos.

⁹² Partiendo de la base de que el Acuerdo OTC pretende favorecer el logro de los objetivos del GATT, el Perú alegó que la jurisprudencia del GATT y de la OMC respecto del término “necesarias” en los apartados b) y d) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación de la expresión “restringirán el comercio más de lo necesario” del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Véase informe del Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*. OMC Doc. WT/DS231/R, 29 de mayo de 2002, párr. 4.102. En el caso el Grupo Especial resolvió la diferencia sin necesidad de interpretar el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC que incorpora la “prueba de necesidad”.

⁹³ El Protocolo de Cartagena parece incorporar a su vez una prueba de necesidad al estipular en párrafo 2 del artículo 16 que se impondrán medidas basadas en la evaluación del riesgo en la medida necesaria para evitar efectos adversos de los OVM en la biodiversidad, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana.

información científica disponible para ser compatibles con el Acuerdo OTC. Así, si la medida aplicada cumple con la “prueba de necesidad” y se adopta con base en la información científica disponible, aunque ésta no sea concluyente sobre los posibles riesgos, no violaría ninguna disposición del Acuerdo OTC.

3. *Los estándares internacionales y el Acuerdo OTC*

El Acuerdo OTC también exige que los reglamentos de los miembros estén basados en las normas internacionales, es decir, que las utilice como componente principal o principios fundamentales a los fines de dictar el reglamento, salvo en el caso de que esas normas internacionales sean un medio ineficaz para el logro de los objetivos legítimos perseguidos⁹⁴. Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que los reglamentos técnicos basados en las normas internacionales no son obstáculos innecesarios al comercio internacional⁹⁵. El Acuerdo OTC define a las *normas* como documentos, cuya observancia no es obligatoria, aprobados por una institución reconocida, que prevé reglas directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos⁹⁶. Para algunos autores, el hecho de que una medida comercial sea aplicada en el contexto de un AMUMA de amplia membrecía es suficiente para considerar que está basada en normas internacionales para los efectos del Acuerdo OTC⁹⁷. Sin embargo, ya que las disposiciones de los

⁹⁴ Párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Diciendo 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 véase informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas*. . . , *op. cit.*, párr. 243.

⁹⁵ Párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

⁹⁶ Anexo 1, párrafo 2 del Acuerdo OTC. El Comité de Obstáculos Técnico al Comercio ha identificado una serie de criterios para el establecimiento de las normas internacionales. Véase Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio - *Decisión del comité relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al anexo 3 del acuerdo. Anexo 4 del segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio*. OMC Doc. G/TBT/9, 13 de noviembre de 2000.

⁹⁷ Véase E. B. Staffin, “Trade Barrier or Trade Boon? A Critical Evaluation of Environmental Labeling and its Role in the “Greening” of World Trade”, *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 21,

AMUMA, incluido el Protocolo de Cartagena, son de observancia obligatoria para los países Parte no quedan comprendidas dentro de la definición de normas del Acuerdo OTC⁹⁸.

Ahora bien, una vez que se ha concedido la autorización, con base en el PAFP u otro procedimiento aplicable, para el movimiento transfronterizo de OVM el Protocolo de Cartagena establece una obligación adicional: etiquetar los OVM.

II. LAS ECOETIQUETAS

El etiquetado ecológico, conocido también como ecoetiquetado, es otro método utilizado para elevar los estándares de protección ambiental. Este tipo de sistemas parte de la idea de que si los consumidores son informados de los impactos ambientales de los productos tenderán a consumir aquéllos menos contaminantes, ejerciendo por tanto, una influencia en el mercado y en los productores que tenderán a producir bienes con menores impactos en el medio ambiente. Así, su funcionamiento consiste en dar a conocer al público cierta información relacionada con los impactos ambientales de los productos. La información proporcionada por las ecoetiquetas varía: pueden informar sobre las características físicas de un producto y sus efectos en el medio ambiente -por ejemplo el porcentaje material reciclable que contiene-, o pueden contener información sobre los efectos ambientales todo el ciclo de vida de una mercancía; es decir, elaboración, distribución, uso y eliminación final⁹⁹. Al informar al público sobre los impactos ambientales de los productos las ecoetiquetas

1996, p. 241; S. N. Lind, "Eco-Labels and International Trade Law: Avoiding Trade Violations while Regulating the Environment", *International Legal Perspectives*, Vol. 8, Fall 1996, pp. 113-140.

⁹⁸ C. Wold, "Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?", *Environmental Law*, Vol. 15, Fall 1996, p. 866.

⁹⁹ M. Lana, "World Trade Organization and Environmental Protection: Reconciling the Conflict", *International Trade Law Journal*, Vol. 9, Winter 2000, pp. 71 y 72.

pueden ser un instrumento útil para promover el consumo sostenible; sin embargo, también guardan un importante potencial de ser utilizadas con fines proteccionistas¹⁰⁰.

Para evitar efectos adversos en la biodiversidad, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana, el Protocolo Cartagena ordena a los Estados parte la adopción de medidas necesarias para requerir que los OVM sean manipulados, envasados y transportados en condiciones de seguridad¹⁰¹.

A) LOS REQUISITOS DE ECOETIQUETADO EN EL PROTOCOLO DE CARTAGENA

Los OVM destinados a uso directo como alimento humano o animal, o para procesamiento, deberán identificar claramente que "pueden llegar a contener" organismos vivos modificados y que no están destinados para su introducción intencional en el medio, así como un punto de contacto para solicitar información adicional. Los OVM destinados a uso confinado –bajo ambientes controlados– deberán ser identificados como OVM; especificar los requisitos para su manipulación; aportar un punto de contacto para obtener información adicional, incluidos los datos personales o referencias de la institución a que se envían. Los OVM destinados a su introducción intencional en el medio ambiente del país importador, además de la información exigida a los que son destinados a uso confinado, se les exige aportar el nombre y la dirección del importador y exportador, y una declaración de que el

¹⁰⁰ K. Bartenstein y S. Lavallée, "L'écolabel est-il un outil du protectionnisme <vert>?", *Cahiers du Droit*, Vol. 44, 2003, p. 3. Los efectos de las ecoetiquetas en el Sistema Multilateral del Comercio han sido analizados por el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC. Sin embargo, no ha realizado aportaciones para solucionar los puntos de conflicto identificados. Véase el primer informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/1 de fecha 12 de noviembre de 1996, párr 183. Véase también S. Charnovitz, "Critical Guide to the WTO-s Report on Trade and Environment", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, Spring 1997, p. 359; J. Haverkamp, "WTO Committee on Trade and Environment", *American Law Institute – American Bar Association Continuing Legal Education Course of Study*, May 15, 1997, p. 150.

¹⁰¹ Párrafo 1 del artículo 18 del Protocolo de Cartagena.

movimiento transfronterizo cumple con las disposiciones del Protocolo¹⁰². Aunque el Protocolo no lo mencione expresamente, la información que deben acompañar a los OVM constituye un sistema de ecoetiquetado. Como ya hemos mencionado, el Protocolo no contiene disposiciones que sean aplicables a los Estados no Partes, sin embargo, exige que todos los movimientos transfronterizos entre Estados Parte y no Parte se realice de forma compatible con sus disposiciones. Esto en la práctica podría traducirse en exigir el ecoetiquetado de los OVM comerciado con Estados no Partes. Ahora bien, en virtud de que las ecoetiquetas pueden servir como un obstáculo no arancelario las normas de la OMC pueden resultar aplicables.

B) LA DETERMINACIÓN DEL ACUERDO APLICABLE

Algunos autores sostienen que la aplicación de las ecoetiquetas deben sujetarse a las disposiciones del Acuerdo MSF¹⁰³. Sin embargo, las ecoetiquetas tienen como objetivo principal informar a los consumidores, no proteger a la vida de las personas o animales o preservar los vegetales de enfermedades, plagas o contaminantes como se requiere para que una medida quede comprendida dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF¹⁰⁴. En el contexto del Protocolo de Cartagena, las ecoetiquetas son exigibles cuando se ha otorgado el consentimiento de importación de un OVM y esto se hace una vez que, con base en una evolución del riesgo, se ha determinado que no representa un riesgo para la biodiversidad y la salud de las personas¹⁰⁵.

¹⁰² *Ibid.*, incisos a), b) y c) del párrafo 2 del artículo 18. El Protocolo dispone que la Conferencia de las Partes deberá examinar la necesidad de elaborar normas, y modalidades para ello, en relación con las prácticas de identificación, manipulación, envasado y transporte en consulta con otros órganos internacionales pertinentes.

¹⁰³ R. Howse y P.C. Mavroidis, "Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMOs--The Issue of Consistency With WTO Law: Of Kine and Brine", *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, November-December 2000, pp. 317-370.

¹⁰⁴ Artículo 1 y Anexo A del Acuerdo MSF. Aun si se considera que algunos aspectos del PAFP podrían ser competencia del Acuerdo MSF esto no quiere decir que las ecoetiquetas quedaran también comprendidas dentro del ámbito de aplicación de este acuerdo.

¹⁰⁵ *Ibid.*, artículo 7.1 en relación con los artículos 5,6, 8-10 y 12.

Si la aplicación de las ecoetiquetas no se sujeta a las disposiciones del Acuerdo MSF la aplicación de las disciplinas del GATT y/o del Acuerdo OTC podría resultar procedente. Ya que en ningún caso las ecoetiquetas limitan el comercio en términos cuantitativos el artículo XI del GATT no es aplicable, sólo los principios de trato nacional y de la nación más favorecida. Por otra parte, una violación de estos principios no podría justificarse en las excepciones ambientales del artículo XX del GATT, pues como ya hemos mencionado, las ecoetiquetas tienen como objetivo informar al público, no protegen directamente la vida de las personas o animales ni están destinadas a proteger los vegetales o los recursos naturales agotables¹⁰⁶. El Acuerdo OTC incorpora la esencia de los principios de no-discriminación del GATT (trato nacional y de la nación más favorecida) de modo que aquí nos limitaremos a examinar la forma en que estos principios podrían ser aplicados a la implementación de las ecoetiquetas en el marco del Protocolo de Cartagena.

C) LAS ECOETIQUETAS DEL PROTOCOLO DE CARTAGENA COMO REGLAMENTO TÉCNICO

El Acuerdo OTC, como ya hemos mencionado, es aplicable tanto a los productos industriales como a los agropecuarios¹⁰⁷: cubre los reglamentos técnicos obligatorios relativos a las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, entre los que se pueden incluir las prácticas de embalaje, marcado o etiquetado¹⁰⁸. El sistema de ecoetiquetas del Protocolo de Cartagena es obligatorio para los Estados Parte y además es relativo a las características, procesos y métodos de producción de los productos que son o

¹⁰⁶ K. C. Kennedy, "Resolving International Sanitary and Phytosanitary Disputes in the WTO: Lessons and Future Directions", *Food Drug Law Journal*, Vol. 55, 2000, p. 84.

¹⁰⁷ Párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo OTC.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 1 del Anexo 1.

contienen OVM. En la práctica, Estados Parte que han adoptado instrumentos para implementar el sistema de ecoetiquetas del Protocolo los han dotado carácter obligatorio y, por lo tanto, podrían ser considerados reglamentos técnicos para los efectos del Acuerdo OTC¹⁰⁹. Si es así, deberán cumplir con el principio de trato nacional y de la nación más favorecida del Acuerdo OTC.

1. *Las ecoetiquetas y los principios de no-discriminación del Acuerdo OTC*

Es poco probable que los OVM domésticos y extranjeros se sujeten a un sistema de ecoetiquetado diferente dentro de un mismo país. Ahora bien, ya que a los productos que no contienen OVM no se les exige el ecoetiquetado es posible que los exportadores de productos modificados que tengan los mismos usos argumenten una vulneración de los principios de trato nacional y de la nación más favorecida, según el caso. Si una diferencia llega a surgir por estos motivos probablemente se resolverá respondiendo a la cuestión sobre la similitud o no de los productos que contienen o son OVM y los productos utilizados para los mismos fines que no son o no contienen OVM. El concepto “producto similar” no ha sido interpretado en el contexto del Acuerdo OTC, sin embargo, las interpretaciones realizadas a este término en el contexto del GATT permiten especular con la forma en que será analizado. Ya hemos mencionado que, cuando resulta aplicable el artículo III del GATT, se examina la similitud de dos productos con base en: i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; ii) los usos finales de los productos; iii) los gustos y hábitos del consumidor y; iv) la clasificación arancelaria de los productos¹¹⁰. Los exámenes de

¹⁰⁹ M. M. Compton, “Applying World Trade Organization Rules to the Labelling . . .”. *op. cit.*, p. 400; E. P. Bartenhagen, “The Intersection of Trade and Environment: An Examination of the Impact of the TBT Agreement on Ecolabeling Programs”, *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 17, Fall 1997, p. 68.

¹¹⁰ Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*. GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párr. 18. El cuarto criterio, la clasificación arancelaria, no fue

similitud se realizaran caso por caso y todos estos criterios deberán ser valorados en conjunto.

Los productos que contienen o son OVM y los productos no modificados parecen ser similares conforme a los incisos ii) y iv) y distintos conforme al inciso iii). Es previsible por lo tanto que en torno al criterio del inciso i) se centren los esfuerzos de las partes para lograr una decisión acorde a sus intereses. Interpretando este criterio el Órgano de Apelación en una diferencia tomó en cuenta que los productos en cuestión tenían una composición química distinta y que uno de éstos contenía sustancias cancerígenas que podían afectar la salud humana¹¹¹. El país demandado probablemente argumentará que los productos que contienen o son OVM son distintos en su composición química que los productos no modificados. Es muy probable que por su parte los países exportadores de OVM argumenten que los productos que contienen o son OVM tienen la mayoría de las características principales de los productos no modificados y, por lo tanto, son similares¹¹². Puede resultar determinante para el juicio de similitud que el Acuerdo OTC dispone que los reglamentos técnicos deberán ser definidos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas.¹¹³

mencionado por el Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, sino que fue incluido por Grupos Especiales ulteriores. Véase, por ejemplo *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*. GATT Doc. (L/6216 - 34S/94) adoptado el 10 de noviembre de 1987, párrafo 5.6.

¹¹¹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto*. . . , *op. cit.*, párr. 101.

¹¹² En este sentido es importante mencionar que la agencia encargada de regular la mayor parte de los OVM en los Estados Unidos, país que no es Parte en el Protocolo de Cartagena y que además es uno de los exportadores más importantes de OVM, sostiene que los productos que son o contienen OVM son sustancialmente equivalentes a los productos no modificados. E. Robertson, "Finding a Compromise in the Debate Over Genetically Modified Food: An Introduction to a Model State Consumer Right to Know Act", *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Vol. 9, 2003, p. 159.

¹¹³ *Ibid.*, párrafo 8 del artículo 2.

Un aspecto que puede ser importante de cara al futuro es que la Comisión del *Codex Alimentarius* está elaborando estándares internacionales sobre ecoetiquetado de alimentos con OVM en donde una de las posibilidades, que coincide con la posición de los Estados Unidos, es que se permita el ecoetiquetado sólo si el valor nutricional, composición y uso final de los productos alimenticios modificados genéticamente difieren sustancialmente de los productos alimenticios no modificados¹¹⁴. De ser adoptada esta posición el juicio de similitud podría resultar a favor de los intereses de los países exportadores ya que el Acuerdo OTC exige que los reglamentos técnicos de los miembros estén basados en los estándares internacionales¹¹⁵.

Si efectivamente los productos son considerados similares sería necesario analizar si el sistema de ecoetiquetas es discriminatorio, ya que, como observa M. M. Compton, los países que buscan establecer una diferencia entre los productos modificados y no modificados normalmente no son productores de OVM, las ecoetiquetas podrían ser consideradas una discriminación *de facto* o una restricción encubierta al comercio internacional¹¹⁶.

2. *La prohibición de crear obstáculos innecesarios al comercio internacional*

Como ya hemos mencionado el Acuerdo OTC exige a sus miembros que se aseguren de que los reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional y, para tal efecto, no deberán restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo pretendido¹¹⁷. Si bien es verdad que el acuerdo contiene una lista de objetivos que considera legítimos, como los imperativos de seguridad nacional y la protección del medio ambiente, no se trata de una lista

¹¹⁴ Véase informe de la 29ª reunión del Comité del Codex sobre etiquetado de los alimentos, Ottawa, Canadá, 1 – 4 de mayo de 2001. (ALINORM 01/22A).

¹¹⁵ Párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

¹¹⁶ M. M. Compton, “Applying World Trade Organization Rules to the Labelling. . .”, *op. cit.*, p. 406.

¹¹⁷ Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

cerrada de modo que otros objetivos también pueden ser considerados legítimos¹¹⁸. El objetivo del sistema del ecoetiquetado del Protocolo de Cartagena tiene la finalidad de informar a los consumidores sobre los productos que son, contienen o no contienen OVM. Al parecer este sistema de ecoetiquetas es el medio más adecuado y menos restrictivo para el comercio que para lograr el objetivo de informar a los consumidores.

Por último, conviene mencionar que algunas de las incógnitas sobre la interpretación de las disposiciones del GATT, el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC en el contexto del comercio de OVM pueden ser despejadas en breve por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC que actualmente examina la legalidad de una moratoria *de facto* adoptada por la Comunidad Europea sobre la importación de productos que contienen o son OVM¹¹⁹. Las directivas objeto de análisis contienen un PCFP y exigencias de ecoetiquetado en líneas muy similares a las del Protocolo de Cartagena. De hecho, el Protocolo de Cartagena es mencionado en una de estas directivas¹²⁰.

¹¹⁸ En la parte conducente el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC textualmente dispone: “. . . los 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. . .”. (sin cursivas en el original).

¹¹⁹ El asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* se contiene en los documentos WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293, pero de momento no se ha adoptado ningún informe.

¹²⁰ La normativa de la CE respecto de la aprobación de movimientos de OGM incluiría la Directiva 2001/18/CE del 12 de marzo de 2001, publicada en el Diario Oficial nº 106 del 17-04-2001, p. 0001-0039 (y su antecedente Directiva 90/220 de fecha 23-04-1990 -publicada en el Diario Oficial nº 117 del 08-05-1990-, modificada por la Directiva 94/15 -publicada en el Diario Oficial nº 103 del 22-04-1994- y por la Directiva 97/35 -publicada en el Diario Oficial nº 169 del 27-06-1997-) y el Reglamento (CE) nº 258/1997 -publicado en el Diario Oficial nº 043 del 14-02-1997-.

Capítulo IX

**LAS INTERACCIONES EMERGENTES ENTRE EL RÉGIMEN DEL
COMERCIO INTERNACIONAL Y LOS AMUMA**

A raíz de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales (1986-1994), el régimen del comercio internacional amplió su ámbito material normativo al adoptar, además de un nuevo Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el Acuerdo sobre los ADPIC), entre otros¹. Esta expansión normativa ha hecho surgir nuevos puntos de interacción entre las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA), es decir, nuevos ámbitos materiales regulados por ambos regímenes en sentidos aparentemente distintos, que exigen un examen más amplio de la relación entre estos ámbitos normativos en el que se superen los marcos clásicos de estudio centrados en analizar los límites que el GATT impone a las restricciones ambientales al comercio de productos para incluir las posibles interacciones con otros acuerdos comerciales.

La importancia que tienen los nuevos puntos de interacción ha sido reconocida formalmente en la OMC al demandar al Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) el examen de la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)² y el Acuerdo sobre los ADPIC³. Algunos sectores de la doctrina incluyen, por

¹ J. Jackson, *The World Trading System*, 2nd edition, London: The MIT Press, 1997, p. 44.

² Convenio sobre la Diversidad Biológica –en lo sucesivo CDB–, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (BOE, 1º de febrero de 1994, No. 27).

³ El mandato en lo conducente dispone: “. . . encomendamos al Consejo de los ADPIC que [. . .] examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore. . .”. *Declaración Ministerial de los Estados miembros de la OMC*, adoptada en Doha, Qatar, el 14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, párr. 19. El texto del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio –en lo sucesivo el Acuerdo sobre los ADPIC–

su parte, el comercio de emisiones del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático⁴ los puntos emergentes de interacción entre los AMUMA y las normas de la OMC que caen fuera del marco tradicional⁵. La novedad de estas interacciones tiene por consecuencia natural que estén rodeadas de cierto desconocimiento sobre su alcance y la forma en que habrán de producirse -si es que se han de producir del todo-. Sin embargo, un estudio de la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA quedaría incompleto si no incluye al menos una descripción de estas nuevas interacciones.

Así, el presente capítulo tiene por objetivo analizar los posibles puntos de interacción entre el CDB y el comercio de emisiones del Protocolo de Kioto y las normas de la OMC. En la primera parte, dedicada al examen de las interacciones entre el CDB y el Acuerdo sobre los ADPIC, se analizan los efectos de los derechos de propiedad intelectual (DPI) en la conservación de la diversidad biológica, en el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de los recursos genéticos, en la protección de los conocimientos tradicionales y en la transferencia de tecnología. La segunda parte la dedicamos a analizar el comercio de emisiones del Protocolo de Kioto como posible punto de interacción con las normas de la OMC. La iniciamos con una breve introducción sobre las normas aplicables al comercio de emisiones, para seguir con un examen del debate sobre su naturaleza y posible cobertura por las

puede consultarse en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 381-419.

⁴ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –en lo sucesivo CMNUCC– del 9 de mayo de 1992 (*BOE*, 01 de febrero de 1994, No. 27). Protocolo de Kioto a la CMNUCC –en lo sucesivo Protocolo de Kioto– del 11 de diciembre de 1997 (*BOE*, 08 de febrero de 2005, No. 33).

⁵ Los conflictos entre el régimen del comercio internacional y el del cambio climático pueden presentarse pese a que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kioto establecen que las medidas adoptadas para combatir el cambio climático no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional. En este sentido M. Gibbs observa que: “. . . just as trade policy will have climate effects, climate policy will have significant implications for trade relations and for the trade regime”. M. Gibbs, “Energy Services, Energy Policies and the Doha Agenda”, en UNCTAD, *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Development Priorities*, 2003. UNCTAD/DITC/TNCD/2003/3, pp. 16-17.

normas del régimen del comercio internacional y terminamos comentando dos potenciales puntos de conflicto entre el comercio de emisiones y las normas de OMC.

I. LAS INTERACCIONES ENTRE EL CONVENIO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

Las interacciones entre estos regímenes giran en torno a cuatro aspectos principalmente: a) los efectos de los DPI en la protección de la biodiversidad, b) los efectos de los DPI en el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de las invenciones biotecnológicas, c) la protección de los conocimientos tradicionales y, d) los efectos de los DPI en la transferencia de tecnología.

A) LOS DPI COMO INCENTIVOS INDIRECTOS QUE AFECTAN LA CONSERVACIÓN Y EL USO SOSTENIBLE DE LA BIODIVERSIDAD.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) tiene como uno de sus objetivos principales la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, por lo que ordena identificar aquellas actividades que tengan o pueden tener efectos perjudiciales en la biodiversidad y, una vez identificados, demanda la adopción de medidas reglamentarias necesarias para garantizar su conservación y uso sostenible⁶.

Algunos estudios consideran que, pese a no afectar directamente a la biodiversidad, los DPI pueden fomentar actividades ambientalmente nocivas⁷. En opinión de R. Tarasofsky, esto justificaría que los Estados valoraran las posibles consecuencias en la biodiversidad antes de conceder DPI para así cumplir con el

⁶ Cfr. Artículos 1, 7 y 8 del CDB (BOE, 1º de febrero de 1994, No. 27).

⁷ Véase la Tercera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, *El impacto de los sistemas de los derechos de propiedad intelectual sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y sobre el compartir equitativo de los beneficios de su uso*. UNEP/CBD/COP/3/22, del 22 de septiembre de 1996, párr. 47.

Convenio⁸. Entre las amenazas más citadas se encuentra la expansión de los monocultivos por parte de las compañías que, después de obtener los DPI sobre determinadas plantas (o animales), procuran lograr mayor producción para abastecer nuevos mercados desplazando y ocasionando que se pierdan las variedades de cultivos (y de razas ganaderas) locales⁹. Así mismo, es común encontrar referencias al aumento en la contaminación química ya que, al ser los cultivos manipulados genéticamente más resistentes a los herbicidas y pesticidas, propician un incremento en el uso de los fertilizantes, insecticidas y pesticidas¹⁰. Además, preocupa la posible alteración de la jerarquía natural en los ecosistemas fruto de la introducción de organismos vivos modificados genéticamente (OVM)¹¹. El temor a los impactos en la biodiversidad de los OVM ha dado pie, conjuntamente con algunas consideraciones de orden ético, a un debate en el que se discute si es correcto conceder patentes sobre las formas de vida o si deberían adoptarse medidas que lo impidan¹². Por otro lado,

⁸ R. Tarasofsky, "The Relationship Between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity: Towards a Pragmatic Approach", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 6, No. 2, 1997, pp. 148-156.

⁹ R. Archarya, "Patenting Biotechnology: GATT and the Erosion of the World's Biodiversity", *Journal of World Trade*, Vol. 25, No. 6, 1991, p. 83.

¹⁰ V. Shiva, *Biopiratería: el saqueo de la naturaleza y el conocimiento*, Barcelona: Editorial Icaria, S.A., 2001, pp. 115 y 116.

¹¹ Scientists' Working Group on Biosafety, *Manual for Assessing Ecological and Human Health Effects of Genetically Engineered Organisms*, Washington: The Edmonds Institute, 1998.

¹² Las posiciones de los países desarrollados y de los países en desarrollo difieren al momento de dar respuesta a esta pregunta. De hecho, existe un número de cuestiones a resolver sobre el alcance de los requisitos de patentabilidad y sus excepciones en el Acuerdo sobre los ADPIC. Por ejemplo, no hay una definición de lo que es una "invención" y ciertos países en desarrollo consideran equivocado la concesión de patentes de formas de vida por no ser "nuevas" sino meras manipulaciones de lo que ya existe. Para algunos países desarrollados todo es patentable si el organismo vivo no puede encontrarse en la naturaleza en la forma modificada. Los países del Norte y del Sur también interpretan de forma distinta las excepciones de patentabilidad del Acuerdo sobre los ADPIC. Para Estados Unidos las excepciones son innecesarias, los DPI deben proteger todas las invenciones que cumplan los requisitos de patentabilidad, incluidas las plantas y animales. Para la Brasil las excepciones deben mantenerse pero algunos términos deben de ser aclarados, particularmente la distinción entre plantas, animales y microorganismos. Kenya por su parte considera que las excepciones deben de ser modificadas para que expresamente se permita excluir de patentabilidad a la materia viviente. La Comunidad Europea considera que la falta de definición de muchos de los términos empleados en las excepciones de patentabilidad permiten a cada miembro, dentro de ciertos límites, permitir o prohibir las patentes de vida y, por lo tanto, no debe ser modificada. Véase la nota de la Secretaría del Consejo de los ADPIC, *Examen de las disposiciones del párrafo 3 b) del artículo 27. Resumen de las cuestiones planteadas y las observaciones formuladas*. OMC Doc. IP/C/W/369, del 8 de agosto de 2002, párr. 9. Sobre los

también hay autores que sostienen que los DPI crean incentivos indirectos que favorecen la protección de la biodiversidad ya que, además de ser considerados una condición previa para la transferencia de tecnología, impulsan el desarrollo tecnologías más eficientes, menos contaminantes y ambientalmente más sostenibles¹³.

En virtud de que los DPI no tienen como consecuencia directa la comercialización de las invenciones protegidas o la introducción de los OVM en el medio ambiente, coincidimos con M. Melgar en que “los DPI no parecen atentar, por sí solos, contra la conservación y uso sostenible de la biodiversidad”¹⁴. Adicionalmente, en el supuesto de que existiera una relación muy clara entre los DPI y la degradación de la biodiversidad, una opción posible sería recurrir a las excepciones previstas en el artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC que permiten excluir de la patentabilidad aquellas invenciones cuya explotación comercial deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad¹⁵. La protección de la vida de los animales y la preservación de los vegetales o las medidas adoptadas para evitar graves daños al medio ambiente expresamente quedan cubiertas por esta excepción¹⁶. Otra opción sería regular la concesión de los DPI con base en el inciso l) del artículo 8 del CDB que establece que cuando se haya determinado un efecto adverso importante para la diversidad biológica las partes reglamentarán las actividades pertinentes.

aspectos éticos y jurídicos del debate sobre la patentabilidad de las formas de vida véase el capítulo sexto del presente estudio.

¹³ R. B. Horsch y R. T. Fraley, “Biotechnology Can Help Reduce the Loss of Biodiversity”, en: L. D. Guruswamy y J. A. McNeely (eds.), *Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies*, London: Duke University Press, 1998, pp. 49-65.

¹⁴ M. Melgar, *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 220.

¹⁵ R. V. Anuradha, “IPRs: Implications for Biodiversity and Local Indigenous Communities”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 10, No. 1, 2001, p. 31, nota al pie 39.

¹⁶ Párrafo 2 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

B) EL ACCESO A LOS RECURSOS BIOLÓGICOS Y LOS EFECTOS DE LOS DPI EN EL REPARTO JUSTO Y EQUITATIVO DE SU UTILIZACIÓN

Los países en desarrollo, poseedores de la mayor parte del capital biológico de la tierra, durante muchos años permitieron a los investigadores extranjeros el acceso libre a sus recursos naturales¹⁷. El progreso de la industria biotecnología de los países desarrollados con capacidad para elaborar productos comercializables con base en la información genética de los recursos biológicos (bioprospección) ayudó a los países biodiversos a ser conscientes del valor económico de sus recursos. En esto también influyó que, con frecuencia, las mercancías regresaban a los países del Sur protegidos por DPI dejándolos al margen de la participación en sus beneficios económicos¹⁸.

Lograr el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos biológicos entre todos los que hayan contribuido a la gestión de los recursos y al proceso científico o comercial es otro de los objetivos que persigue el CDB¹⁹. El Convenio reconoce que cada Estado es libre para regular el acceso a sus recursos

¹⁷ Por ejemplo, el Compromiso internacional sobre los recursos fitogenéticos adoptado con carácter no vinculante bajo los auspicios de la FAO en 1983 estaba basado en el principio, entonces universalmente aceptado, de que los recursos fitogenéticos eran patrimonio de la humanidad y, por lo tanto, debían estar disponibles sin restricción. Véase 22º período de sesiones de la Conferencia de la FAO, Roma, 5-23 de noviembre de 1983, C 83/REP, párrs. 275-285. Tras la adopción del CDB este documento fue revisado para armonizar sus disposiciones y fue sustituido por el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, hecho en Roma el 3 de noviembre de 2001 (*BOE* de 5 de mayo de 2004, nº 109), que en su artículo 10 reconoce los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios recursos fitogenéticos, aunque añade que, en el ejercicio de sus derechos soberanos, los Estados deberán establecer un sistema para facilitar el acceso a tales recursos y compartir, de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de su utilización.

¹⁸ D. Jacoby y C. Weiss, "Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution", *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 16, January 1997, p. 89. S. Safrin, "Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Blocks of Life", *American Journal of International Law*, Vol. 98, October 2004, pp. 645-646.

¹⁹ Artículo 1 del Convenio de la Diversidad Biológica. El reparto de beneficios no necesariamente implicará participaciones monetarias, aunque esto sea lo más frecuente, sino que puede adoptar la forma de transferencia de tecnología, participación en de los beneficios de los DPI, concesión de licencias de explotación, intercambios científicos, etc. Ahora bien, algunos autores observan que no está claro lo que quiere decir "justo y equitativo", principalmente porque un acuerdo en condiciones mutuamente acordadas es precondition de estos términos. Véase Y. Shim, "Intellectual Property Protection of Biotechnology and Sustainable Development in International Law", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 29, Winter 2003, p. 228, nota al pie 392.

genéticos en virtud del principio de soberanía estatal sobre sus recursos naturales²⁰; sin embargo, también establece que cada parte procurará facilitar el acceso a estos recursos y no deberá imponer restricciones contrarias a sus disposiciones²¹. Dado que los DPI garantizan el monopolio de explotación sobre las invenciones y, por lo tanto, no obligan a sus titulares en modo alguno a repartir los beneficios que genere su explotación, es especialmente relevante que el Convenio dé a los países de origen de los recursos la oportunidad de negociar con los bioprospectores de los países desarrollados una participación en los beneficios, antes de que éstos tengan acceso a los recursos biológicos en los que habrán de basar sus invenciones. Por esta razón el Convenio exige el cumplimiento de dos principios: a) el solicitante debe obtener previamente al acceso a los recursos el consentimiento fundamentado del país de origen²² y b), el acceso debe realizarse con condiciones mutuamente acordadas²³. Normalmente, la implementación de estos principios se materializa a través contratos de acceso y distribución de beneficios (*Biodiversity Prospecting Contracts*)²⁴.

²⁰ Un comentario aparte merece la categorización de la biodiversidad como “interés común de la humanidad” en donde los negociadores del Convenio intentaron lograr un delicado equilibrio entre la responsabilidad de la comunidad internacional de velar por su protección y el reconocimiento de la soberanía de cada Estado sobre los recursos naturales bajo su jurisdicción.

²¹ Cfr. Los párrafos 1 y 2 del artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

²² En opinión de la Secretaría del CDB es facultad (no una obligación) de los Estados de origen exigir cierta información al solicitante antes de conceder el acceso a sus recursos, como puede ser demandar la precisión del tipo de recursos al que se desea acceder, los efectos que podrían ocasionarse al medio ambiente, las expectativas de la investigación de la que forman parte. Véase Doc UNEP/CBD/COP/3/20 párr. 53.

²³ F. Burhene-Guilmin, “L’access aux ressources génétiques: Les suites de l’article 15 de la Convention sur la Diversité Biologique”, en: M. Prieur y C. Lambrechts (eds.), *Les hommes et l’environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? études en hommage a Alexandre Kiss*, París: Frison-Roche, 1998, pp. 549-562. Los principios del acuerdo fundamentado previo y del acceso a los recursos en condiciones mutuamente acordadas no están claramente definidos en el Convenio de la Diversidad Biológica. No obstante, las Directrices de Bonn, adoptadas en la sexta reunión de la Conferencia de la Partes en abril de 2002, aportan cierta guía a los Estados que desean implementar estos principios en su legislación nacional. Conviene precisar que estas directrices tienen un carácter programático, es decir, no son vinculantes para las partes. Véanse los anexos de la decisión COP VI/24.

²⁴ S. M. Rubin y S. C. Fish, “Biodiversity Prospecting: Using Innovative Contractual Provisions to Foster Ethnobotanical Knowledge, Technology, and Conservation”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 5, Winter 1994, p. 31. Normalmente este tipo de contratos serán de naturaleza mixta, es decir, una parte será un Estado (país en desarrollo biodiverso) y otra parte será un particular (laboratorio, centro científico, etc.), pero también pueden ser públicos o privados, nacionales o internacionales.

Algunos autores observan que es en estos acuerdos o en la legislación de desarrollo normativo relativa al acceso a los recursos genéticos en donde el Acuerdo sobre los ADPIC pueden tener algunas implicaciones²⁵. Particularmente los principios de la nación más favorecida y de trato nacional pueden ser vulnerados si una negociación tiene como resultado distintos estándares de protección de DPI para productos competidores, nacionales y extranjeros, o extranjeros que compiten entre sí en el mercado de otro miembro, que son elaborados con los mismos recursos genéticos²⁶. También se ha sugerido que el monopolio de explotación que garantizan los DPI colocan a sus titulares en una posición de negociación ventajosa frente a los países biodiversos que puede ocasionar que los términos de los contratos sobre acceso a los recursos genéticos no reflejen un reparto justo y equitativo de los beneficios²⁷. No obstante, ya que los bioprospectores dependen del acceso a los recursos biológicos para desarrollar sus invenciones y, lógicamente, sin invenciones no hay DPI, no está claro que el reparto de beneficios sea menos equitativo por virtud de los derechos protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC²⁸.

C) LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Siglos de convivencia sostenible con el medio ambiente ha dejado a las comunidades indígenas²⁹ un amplio abanico de conocimientos sobre prácticas que son

²⁵ R. Tarasofsky, "The Relationship Between the TRIPs . . .", *op. cit.*, p. 150. Conviene mencionar que el Convenio sobre la Diversidad Biológica establece que sus disposiciones no afectaran los derechos y obligaciones de las partes derivadas de otros acuerdos internacionales existentes, salvo en aquellos casos en que puedan causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Véase el párrafo 1 del artículo 22 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

²⁶ *Idem.*

²⁷ R. V. Anuradha, "IPRs: Implications for Biodiversity . . .", *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁸ R. Tarasofsky, "The Relationship Between the TRIPs . . .", *op. cit.*, p. 150.

²⁹ No existe en el Derecho internacional una definición universal de las comunidades indígenas, en algunos casos, se utiliza para definir a los mismos grupos sociales el término "pueblos indígenas". Véase por ejemplo el artículo 1 del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. Basándonos en la definición del primer relator especial de la subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías J. Martínez Cobo podemos decir que las comunidades indígenas son aquellas que tienen continuidad histórica previa a las invasiones coloniales, se consideran a si mismos distintos de las sociedades que actualmente prevalecen en sus

ambientalmente inocuas, pero también sobre las propiedades alimenticias y curativas de algunos recursos biológicos³⁰. M. Khor ha observado que el 80% de la población mundial depende del conocimiento indígena para satisfacer sus necesidades de salud y la mitad se alimenta gracias a los conocimientos indígenas sobre plantas, animales, insectos, microbios y sistemas de cultivo³¹. Actualmente los conocimientos tradicionales se enfrentan a distintas amenazas³², pero es la *biopiratería*, es decir, su “apropiación indebida”, una de las principales preocupaciones de los países del Sur³³.

1. *La apropiación indebida del conocimiento tradicional: la biopiratería*

Se han dado diversos casos de empresas o nacionales de países desarrollados que han obtenido patentes respecto de supuestas “invenciones” que en realidad son, con más o menos variaciones, conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas de los países del Sur³⁴. El CDB alienta a los signatarios a proteger los

territorios, o en partes de él. Forman parte de sectores no dominantes de la sociedad y aun así están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales, su identidad étnica de acuerdo con sus tradiciones. *Cfr. Technical review of the United Nations draft declaration on the rights of indigenous peoples – Note by the secretariat*. ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2, 5 April 1994, párr. 10.

³⁰ Reconocido la importancia de los conocimientos tradicionales véase el párrafo 44 incisos k) y l) del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. ONU Doc. A/CONF.199/20*.

³¹ M. Khor, *El saqueo del conocimiento: propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible*, España: Editorial Icaria – Intermón Oxfam, 2003, p. 17.

³² Los conocimientos tradicionales se encuentran en peligro, entre otras cosas, por la pérdida de los recursos y hábitat de las comunidades indígenas y locales a consecuencia de la deforestación, la urbanización, la minería, etc. La migración del campo a las ciudades también es un factor que amenaza la continuidad de los conocimientos indígenas y locales.

³³ M. Ruiz, *Intellectual Property Rights and Biodiversity: Processes and Synergies*, ICTSD-IUCN Background paper for Workshop on TRIPs and CBD: Global Biodiversity Forum Cancun, Mexico, September 5-7, 2003, p. 5.

³⁴ Por ejemplo, en 1994, L. Proctor, propietario de una compañía de semillas denominada POD-NERS, L. L. C., compró semillas de una variedad de frijol (Azufrado o Mayocoba) en el Estado de Sonora (México) que había sido sembrada en la región durante siglos y la llevó y plantó en los Estados Unidos. Durante años fue seleccionando, en cada generación, los frijoles de color amarillo más puro hasta que logró lo que él describe como una “población uniforme y estable” de semillas de frijol amarillo. El 13 de Abril de 1999 L. Proctor obtuvo la patente para este tipo de frijol que denominó “Enola” (US patent no. 5,894,079) y el 28 de Mayo de ese mismo año obtuvo un certificado estadounidense de protección de variedad de planta (US Plant Variety Protection Certificate No. 9700027). A finales de 1999, L. Proctor demandó a los agricultores mexicanos por exportar frijoles Azufrados o Mayocoba argumentando una violación a sus DPI. Sobre la “biopiratería” véase D. Conforto, “Traditional and Modern-Day Biopiracy: Redefining the Biopiracy Debate”, *Journal of Environmental Law and*

conocimientos tradicionales³⁵ y reconoce que los DPI pueden influir en la aplicación del Convenio³⁶. Como ya hemos mencionado, el Acuerdo sobre los ADPIC indica que las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones siempre que sean *nuevas*, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial³⁷. Los problemas se presentan principalmente porque los criterios de patentabilidad, en particular la definición del “estado anterior de la técnica” que se utiliza para determinar si se cumple con la condición de novedad, en ciertos casos no permiten proteger los conocimientos tradicionales³⁸. No hay una interpretación universal del requisito de “novedad” de modo que los miembros gozan de cierta discreción para interpretarlo³⁹. En algunos países, como Estados Unidos, las invenciones cumplen con el requisito de novedad si no existe una patente o una publicación previa sobre los mismos conocimientos⁴⁰. No es posible cuantificar el volumen de conocimientos tradicionales que no satisfacen estas condiciones, pero hay razones para pensar que no son pocos, ya que sus características particulares en ocasiones dificultan el

Litigation, Vol. 19, 2004, pp. 357-396; L. Sarma, “Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the Form of International Agreement”, *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 13, 1999, pp. 107-136; E. K. Bender, “North and South: The WTO, TRIPS, and the Scourge of Biopiracy”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, Fall 2003, pp. 281-319. V. Shiva, *Biopiratería: el saqueo de la naturaleza . . .*, *op. cit.* Cuestionando los fundamentos legales de la biopiratería P. J. Heald, “The Rhetoric of Biopiracy: Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, 2003, pp. 519-546.

³⁵ *Cfr.* Inciso j) del artículo 8) del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Véanse también los artículos 12, 24 y 29 del Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas que reconoce implícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la protección de sus conocimientos tradicionales. El proyecto de declaración puede consultarse en línea en: <http://www.cinu.org.mx/temas/ind/dectxt.htm#1>. Véase también el documento elaborado por la relatora especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías: E. I. Daes, *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples*. ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28, 28 July 1993, párr. 20.

³⁶ *Ibid.*, párrafo 5 del artículo 16.

³⁷ Párrafo 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

³⁸ Véanse las opiniones de la India y Kenia en Consejo de los ADPIC, *Acta de la reunión Celebrada en el Centro William Rappard los días 21 y 22 de septiembre de 2000*. OMC Doc. del 23 de noviembre de 2000, respectivamente párrs. 126 y 141.

³⁹ D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd. Edition, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 221.

⁴⁰ Véase United States Code title 35, part II, chapter 10, § 102. En cualquier caso, hay que decir que, en algunos países desarrollados como Japón el “estado anterior de la técnica” abarca no sólo los conocimientos publicados o patentados sino también todo lo que es del conocimiento público o que ya ha sido utilizado en otros lugares. Véase Ley de Patentes del Japón, párrafo 1 del artículo 29.

cumplimiento de las condiciones para obtener una patente, basta con decir que por definición los conocimientos tradicionales no implican novedad⁴¹. Adicionalmente, el hecho de que generalmente su transmisión sea oral tiene como consecuencia que, en muchos casos, los conocimientos tradicionales no sean publicados⁴².

Ahora bien, ciertas patentes otorgadas indebidamente han sido revocadas lo que hace suponer que, al aportar remedios efectivos, el sistema de patentes funciona correctamente. Así los defensores de sistemas de los DPI podrían decir que en tanto las oficinas de patentes verifiquen cuidadosamente el cumplimiento de las exigencias para la obtención de una patente los conocimientos tradicionales quedarían protegidos, pues una mera copia de sus conocimientos no podría ser patentada⁴³. No obstante, aunque las oficinas de patentes realicen exámenes rigurosos de las invenciones antes de conceder DPI, no podrían hacer nada en aquellos casos en que la legislación nacional interpreta de forma demasiado amplia la exigencia de novedad. Además, la carencia de una base de datos sobre los conocimientos tradicionales es actualmente un obstáculo para distinguir las solicitudes que cumplen con esta condición⁴⁴. Por otro lado, las comunidades indígenas pocas veces tienen a su alcance los recursos humanos y financieros necesarios para iniciar el procedimiento, largo y costoso, de revisión de una patente que hace uso indebido de sus conocimientos

⁴¹ D. Gervais, *The TRIPS Agreement . . .*, *op. cit.*, pp. 220-221.

⁴² Aunque algunos de los países menos desarrollados ya elaboran algunos sistemas de documentación en los que se hace constar los conocimientos tradicionales, en la gran mayoría de los países del Sur tales registros son inexistentes y dadas las carencias de infraestructura y financieras es poco probable que se realicen a corto plazo. Consejo de los ADPIC, *Protección de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales - la experiencia de la India*. OMC Doc. WT/CTE/W/156, IP/C/W/198, 14 de julio de 2000, párrs. 13 y 19.

⁴³ P. J. Heald, "The Rhetoric of Biopiracy M. Khor. . .", *op. cit.*, pp. 519-546; G. Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: Seeds and Plant Varieties*, London: Earthscan, 2000, pp. 61-62. Criticando la posición de autores como P. J. Heald véase D. Conforto, "Traditional and Modern-Day Biopiracy. . .", *op. cit.*, pp. 357-396.

⁴⁴ Existen diversas propuestas de los miembros de la OMC para el desarrollo de bases de datos de conocimientos tradicionales con el fin de evitar la concesión de patentes sobre una materia que no debería ser patentable. Véase, por ejemplo, Consejo de los ADPIC, *Examen del párrafo 3 b) del artículo 27: la opinión de Suiza*. OMC Doc. IP/C/W/284 del 15 de junio de 2001, párr. 16.

tradicionales⁴⁵. Más aún, en opinión de algunos países, incluso si lograra el desarrollo de bases de bases de datos que permitan evitar la concesión injustificada de patentes, no podrían resolver el problema de los titulares de los conocimientos tradicionales que no reciben los beneficios por el uso de sus conocimientos⁴⁶.

2. *La participación de las comunidades indígenas en los beneficios derivados de la explotación de sus conocimientos tradicionales*

Los conocimientos tradicionales aportan valiosos indicios que ahorran tiempo, dinero e inversiones del sector de la biotecnología moderna en cualquier investigación o elaboración de productos⁴⁷ y, por lo tanto, los países en desarrollo sostienen que una parte de los beneficios tiene que destinarse a las personas que crean y poseen esos conocimientos tradicionales⁴⁸. Por su parte, el CDB dispone que el uso de los conocimientos tradicionales requerirá la aprobación y participación de quienes poseen esos conocimientos y también hace referencia a la necesidad de repartir equitativamente los beneficios de su utilización⁴⁹. Existen varias propuestas para la protección de los conocimientos tradicionales, aunque no hay consenso en la Comunidad internacional sobre cuál es la mejor opción⁵⁰.

⁴⁵ Véase Consejo de los ADPIC, *Acta de la reunión Celebrada en el Centro William Rappard los días 21 y 22 de septiembre de 2000*. . . , *op. cit.*, párr 159.

⁴⁶ Consejo de los ADPIC, *Acta de la reunión Celebrada en el Centro William Rappard del 18 al 22 de junio de 2001*. OMC. Doc. IP/C/M/32 del 23 de agosto de 2001, párr. 130.

⁴⁷ El conocimiento indígena y local ha servido para el desarrollo de nuevos medicamentos y en el mejoramiento de semillas que, en la década de los 90, generaron beneficios de 32 millones de dólares anuales a las industrias de los países desarrollados. No obstante, sólo una pequeña fracción de estos beneficios regresó a los países en desarrollo que aportaron la materia prima y las bases del conocimiento. Véase M. Khor, *El saqueo del conocimiento* . . . , *op. cit.*, p. 18.

⁴⁸ *Cfr.* Consejo de los ADPIC, *Protección de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales*. . . , *op. cit.* párr. 2.

⁴⁹ Véase el inciso j) del artículo 8 del CDB.

⁵⁰ T. Cottier y M. Panizzon, “Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, 2004, p. 381.

Por un lado, se ha sugerido el uso del sistema de DPI en vigor⁵¹. En el contexto que nos ocupa, las indicaciones geográficas⁵², definidas en el Acuerdo sobre los ADPIC como “las que identifiquen un producto como originario del territorio o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico”, guardan el mayor potencial de protección para los conocimientos tradicionales⁵³. Aunque el Acuerdo sobre los ADPIC se limita a la ubicación geográfica, los miembros podrían incluir en la protección de las indicaciones geográficas algunos otros factores humanos y naturales⁵⁴ como la relación entre la cultura humana, la tierra y el medio ambiente local, ampliando las opciones de protección de los conocimientos tradicionales⁵⁵. Por otro lado, ya que no todos los conocimientos tradicionales pueden ser protegidos por medio de los sistemas tradicionales de DPI al no cumplir con los requisitos de patentabilidad, particularmente la exigencia de novedad y la dificultad de determinar un “autor, creador o inventor”⁵⁶, algunos países

⁵¹ D. Downes, “How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, 2000, pp. 253-282.

⁵² Véase D. Downes y S. Laird, *Innovative Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge. Case Studies on Geographical Indications and Trademarks*, UNCTAD Biotech Initiative, 1999; disponible en: www.ciel.org. Otros tipos de DPI podrían proteger conocimientos tradicionales. Por ejemplo, si logra superarse el problema de la identificación de los titulares del derecho y la duración de la protección, los derechos de autor podrían servir para proteger algunas manifestaciones artísticas tradicionales como los bailes, las pinturas, las esculturas. Los objetos de arte y los productos elaborados por las comunidades indígenas pueden ser considerados signos distintivos susceptibles de ser protegidos por medio de marcas de fábrica o de comercio. *Cfr.* párrafo 1 del artículo 15 y párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, este tipo de derechos normalmente serían inadecuados para proteger los conocimientos tradicionales relevantes para la conservación de la biodiversidad, como las prácticas medicinales y agrícolas.

⁵³ Párrafo 1 del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁵⁴ Otros sistemas de DPI incluyen la protección de elementos de este tipo bajo las denominaciones geográficas. Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 2 del *Arreglo de Lisboa relativo a las denominaciones de origen y su registro internacional* (Lisboa, 31 de octubre de 1958).

⁵⁵ M. Melgar, *Biología y propiedad intelectual*. . . , *op. cit.*, pp. 256 y 257. El autor observa que uno de los aspectos más positivos de estos derechos es que no son transferibles y su duración no está determinada siempre y cuando las características del producto y del lugar se mantengan y el uso de la denominación no derive en un término genérico.

⁵⁶ Los derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos difieren de forma importante de los DPI tradicionales. Son derechos comunales de un clan, una familia u otro tipo de grupo social; generalmente no es posible identificar a un autor, creador o productor en particular; son manejados de acuerdo a las costumbres y normalmente no son vendidos en la forma en que de los DPI

consideran necesario crear sistemas de protección *sui generis* que se adapten a las características particulares de este tipo de conocimientos⁵⁷. Para que este tipo de sistemas garantice una protección eficaz sería necesario superar la complejidad técnica que implica definir el objetivo de la política de protección, el objeto a proteger, los criterios que el objeto debe reunir para ser protegido, identificar quienes serán los titulares de los derechos, cuáles serán los derechos, la forma de adquirirlos, los medios para hacerlos cumplir y la forma en que se agotan.⁵⁸

La divulgación de la fuente de los conocimientos tradicionales puede ser incorporada tanto a los sistemas de protección de DPI tradicional como a los *sui generis* como un medio para garantizar que las comunidades indígenas han dado su consentimiento para su utilización y para garantizar el reparto justo y equitativo como lo exige el CDB⁵⁹. Aunque alguno países consideran que este debería ser un requisito adicional a los establecidos en el Acuerdo sobre los ADPIC, parece más adecuado condicionar su ejercicio a la divulgación de esta información para evitar la violación de este acuerdo⁶⁰.

convencionales; están basados en tradiciones ancestrales enlazadas en ocasiones con aspectos espirituales y; el conocimiento es normalmente transmitido de forma oral. Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, *GATT TRIPS Review – Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples' Issues*, Australia: ATSIC, 1999, p. 7.

⁵⁷ Grupo de Trabajo Especial de composición abierta del período entre sesiones sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Modalidades jurídicas y de otro tipo de protección para los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales con estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica*. UNEP/CBD/WG8J/1/2 del 10 de enero de 2000, p. 1. Algunos autores sostienen que los DPI no son el mejor medio para proteger los conocimientos tradicionales de la apropiación indebida. Véase E. I. Daes, *Study on the protection of the cultural . . .*, *op. cit.*, párr. 31. En algunos casos se ha llegado a sostener que las patentes legitiman la biopiratería, facilitando la concentración de la capacidad de investigación y desarrollo en las manos de los conglomerados del sector privado y ampliando las diferencias tecnológicas entre el Norte y el Sur. M. Ruiz, *Intellectual Property Rights and Biodiversity. . .*, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁵⁸ Cfr. Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*. OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/8, 29 de marzo de 2002, párr. 35.

⁵⁹ Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Modalidades jurídicas. . .*, *op. cit.* párr. 7.

⁶⁰ M. Melgar, *Biología y propiedad intelectual . . .*, *op. cit.*, p. 283.

Por todo lo hasta ahora expuesto, y a pesar de que resulta difícil afirmar que existe incompatibilidad entre el CDB y el Acuerdo sobre los ADPIC, ya que pueden ser aplicados de forma simultánea, es verdad que, como observa M. Melgar, el funcionamiento del sistema de propiedad intelectual dificulta, de hecho, el respeto, la preservación y la protección de los conocimientos tradicionales⁶¹.

D) LOS EFECTOS DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC EN LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍAS.

Los avances tecnológicos fruto del conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico pueden ser una herramienta útil para reducir los efectos ambientales causados por las actividades humanas, ya que permiten desarrollar métodos de producción y mercancías más eficientes -en términos energéticos y funcionales-, menos contaminantes y ambientalmente más sostenibles⁶². Sin embargo, ya que existe un gran desequilibrio entre la capacidad tecnológica de los países desarrollados y subdesarrollados, la protección del medio ambiente por este medio depende en muchos casos de la transferencia en sentido Norte-Sur de conocimientos y maquinaria eficiente⁶³. Ahora

⁶¹ *Ibid.*, p. 233.

⁶² Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, Madrid: Alianza Editorial S.A., 1992, p. 117. Para un estudio de la función que cumple la transferencia de tecnología en el Derecho internacional del medio ambiente véase C. M. Alberts, "Technology Transfer and its Role in International Environmental Law: A Structural Dilemma", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 6, Fall 1992, pp. 63-84; G. Verhoosel, "Beyond the Unsustainable Rhetoric of Sustainable Development: Transferring Environmentally Sound Technologies", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 11, Fall 1998, pp. 49-76. Es importante observar que no toda la transferencia de tecnología puede beneficiar al medio ambiente, en algunos casos, la transferencia de tecnología puede representar un riesgo para el medio ambiente del país receptor. Por ejemplo, cuando las empresas extranjeras instalan plantas productivas peligrosas en otros países. Véase N. A. Ashford y C. Ayers, "Policy Issues for Consideration in Transferring Technology to Developing Countries", *Ecology Law Quarterly*, Vol. 12, No. 4, 1985, p. 875.

⁶³ Este desequilibrio tecnológico, conjuntamente con las diferencias económicas y de desarrollo, ha dado lugar a la formulación de principios no vinculantes que, con mínimas variaciones de redacción, establecen el deber de los Estados desarrollados de facilitar a los países menos desarrollados el acceso a la tecnología en condiciones más favorables. Por ejemplo, el Principio 20 de la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano* celebrada en Estocolmo, 5 al

bien, los posibles efectos del Acuerdo sobre los ADPIC en la transferencia de tecnologías es una cuestión que mantiene divididos a los países del Norte y del Sur.

1. *La debatida influencia de los DPI en la transferencia de tecnología*

La posición compartida por los países desarrollados es que los DPI -y el Acuerdo sobre los ADPIC- favorecen la innovación tecnología y también la transferencia de tecnología. En cuanto a la generación de nuevas tecnologías el argumento es que los derechos de explotación exclusiva fruto de los DPI sirven de incentivo al inventor para continuar su labor creativa al generar beneficios económicos con los cuales financiar la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías⁶⁴. En lo que toca a la transferencia de tecnología se considera que los titulares de los DPI suelen estar más dispuestos a transferirla voluntariamente -normalmente a través de inversiones extranjeras directas o de concesión de licencias⁶⁵- cuando el país receptor

16 de junio de 1972 dispone: “. . . las tecnologías ambientales deben ponerse a disposición de los países en desarrollo en condiciones que favorezcan su amplia difusión sin que constituyan una carga económica excesiva para esos países. . .”. (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1). Véase también la *Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*. Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el sexto período extraordinario de sesiones (ONU Doc. A/9556 del 1 de mayo de 1974, p. 3). En este contexto también se ordenaba hacer lo posible para formular un código internacional de conducta para la transmisión de la tecnología que se ajustase a las necesidades de los países en desarrollo. Sin embargo, este código no se completó principalmente por las reticencias de los países poseedores de la tecnología en quienes recaían los compromisos principales. Véase el *Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*. Resolución 3202 (S-VI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el sexto período extraordinario de sesiones (ONU Doc. A/9556 del 1 de mayo de 1974, pp. 8-9). Véase también los principios 7 y 9 de la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, hecha en Río de Janeiro el 14 de Junio de 1992 (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). El párrafo 18 de la *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002 (ONU Doc. A/CONF.199/20*).

⁶⁴ CCMA - *El Medio Ambiente y los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. OMC. Doc. WT/CTE/W/8, 8 de junio de 1995, párr. 49.

⁶⁵ La transferencia de tecnología tiene lugar de varios modos, entre ellos las inversiones extranjeras directas, las empresas conjuntas u operaciones conjuntas, las licencias para la utilización de tecnologías, la retroingeniería y la compra de maquinaria ya disponible. Véase M. Anderson, *Technology. The Law of Exploitation and Transfer*, London: Butterworths, 1996.

brinda protección eficaz⁶⁶. Adicionalmente, se dice que una vez ha expirado el término de protección los conocimientos pasan a ser del dominio público⁶⁷.

Si bien es verdad que el marco de seguridad que aportan los DPI puede favorecer la transferencia de tecnología, esto no es así en todos los casos⁶⁸. Un estudio elaborado por la UNCTAD ha concluido que existen pocas pruebas de que reforzar los DPI redunde en un aumento de transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo⁶⁹. Más aún, el monopolio sobre la explotación de las invenciones que conceden los DPI permite a sus titulares aumentar los precios exigidos para permitir su uso⁷⁰. Aquí conviene recordar que la Comisión Brundtland identificó como uno de los principales obstáculos para la transferencia de tecnología la incapacidad de los países del Sur de pagar a los titulares de los DPI por el uso de sus conocimientos⁷¹.

⁶⁶ CCMA - *El Medio Ambiente y los Aspectos de . . .*, *op. cit.*, párr. 49. También se dice que los requisitos en materia de divulgación del sistema de patentes y las excepciones a los derechos de patentes para fines experimentales tienen por objeto fomentar la disponibilidad pública de los conocimientos y pueden sentar las bases de un ulterior desarrollo tecnológico.

⁶⁷ En el artículo 29 del Acuerdo sobre los ADPIC se estipula que los Miembros deben exigir a los solicitantes de patentes que divulguen sus invenciones.

⁶⁸ Existe, por ejemplo, el precedente de las tecnologías requeridas con arreglo al Protocolo de Montreal relativo a la sustancias que agotan la capa de ozono –en lo sucesivo Protocolo de Montreal– del 16 de septiembre de 1987 (*BOE*, 17 de marzo de 1989, No. 65). En un pequeño número de casos se comprobó que la tecnología no estaba disponible porque algunos propietarios de tecnología del sector privado no estaban dispuestos a proporcionarla para no crear competencia a sus propios productos. CCMA, *Factores que influyen en la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales*. OMC Doc. WT/CTE/W/22, 21 de febrero de 1996, párr. 34.

⁶⁹ UNCTAD, *The TRIPS Agreement and Developing Countries*, New York: United Nations, 1996, p. 18. En el caso de las inversiones extranjeras directas, que pueden adoptar la forma de sucursales completamente propiedad de extranjeros o de *joint ventures* con inversores del país receptor, la protección a través de DPI puede jugar un papel en el momento de decidir si se invierte o no, pero no son los únicos, al parecer son más importantes la estabilidad política y económica del país. Por otro lado, la probabilidad de conceder licencias sobre el uso de tecnología depende de las potenciales ganancias que podrían generar para el inversor, lo que a su vez depende de la posibilidad de excluir competidores en el mercado para el que se concede la licencia. Los DPI en un momento dado pueden aportar los incentivos para que una licencia sea concedida. Third meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, *Factors Affecting Transfer of Environmentally Sound Technology (Note by the WTO Secretariat)*. UNEP Doc. UNEP/CBD/COP/3/Inf.10, punto 11. También CCMA, *Factores que influyen en la transferencia de tecnologías . . .*, *op. cit.*, párr. 31.

⁷⁰ Los monopolios implican ausencia de competencia, de modo que el mercado no interviene al momento de fijar los precios. Véase C. Oh, “Patentes y monopolios aumentan los precios: la crisis de la salud”, *Revista del Sur*, No 119-120, septiembre de 2001; C. M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries*, Penang, Malaysia: Zed Books Ltd., 2000, p. 19.

⁷¹ Los países en desarrollo pagan a los países más desarrollados miles de millones de dólares al año por concepto de regalías y honorarios relacionados con patentes y otros derechos de propiedad intelectual. Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*. . . , *op. cit.*, p. 117.

Como veremos a continuación, tanto el CDB como el Acuerdo sobre los ADPIC contienen disposiciones destinadas a la transferencia de tecnología.

2. *La transferencia de tecnología en el Convenio sobre la Diversidad Biológica*

El compromiso básico del CDB en este campo se establece en términos de asegurar y/o facilitar el acceso a tecnologías para la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad⁷². Por lo tanto, las Partes deben adoptar las medidas que sean necesarias, por un lado, para facilitar el acceso a las tecnologías en condiciones mutuamente acordadas y, por otro lado, para que el sector privado facilite el acceso a la tecnología y su transferencia en beneficio de los países en desarrollo⁷³.

El término "tecnología" comprende, además de la biotecnología, todas las tecnologías que promueven la conservación y el uso sostenible de los recursos genéticos y también las que no causan daños importantes al medio ambiente y derivan de la utilización de recursos genéticos⁷⁴. Así se tiene que, en principio, esta amplia definición comprende tanto la tecnología destinada a la conservación de la biodiversidad como la destinada al desarrollo de actividades biotecnológicas ya que estas últimas utilizan recursos genéticos⁷⁵. J. P. Beurier observa que la transferencia de la tecnología destinada a la conservación de la biodiversidad normalmente no presenta dificultades, ya que por lo general está en manos del sector público de los países desarrollados. No

⁷² Véase el párrafo 1 del artículo 16 del CDB. Es común encontrar en los AMUMA disposiciones en materia de transferencia de tecnología. Véase por ejemplo el artículo 10 del Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989 (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, No. 227). El artículo 10 A del Protocolo de Montreal (*BOE*, 17 de marzo de 1989, No. 65). El párrafo 5 del artículo 4 de la CMNUCC (*BOE*, 01 de febrero de 1994, No. 27). El artículo 144 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Bahía Montenegro, 10 de diciembre de 1982 (*BOE*, 14 de febrero de 1997, No. 39).

⁷³ Párrafo 3 del artículo 16 del CDB.

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 1 del artículo 16.

⁷⁵ Véase Subsidiary Body on Scientific, Technical And Technological Advice, *Ways and Means to Promote and Facilitate Access to, and Transfer and Development of Technology, Including Biotechnology*. UNEP/CBD/SBSTTA/2/6, 12 August 1996, párr. 11. G. Verhoosel, "Beyond the Unsustainable Rhetoric Of Sustainable Development. . .", *op. cit.*, p. 56.

obstante, advierte que los problemas pueden presentarse cuando se trata de la transferencia de tecnología destinada a actividades biotecnológicas, ya que ésta normalmente está en manos del sector privado y protegida con DPI⁷⁶. Ya hemos mencionado que los titulares de los DPI pueden incrementar los precios aprovechándose de la falta de competencia⁷⁷. Obviamente esto dificultaría lograr el acuerdo mutuo exigido por el Convenio en las transferencias de tecnología. En este sentido es importante destacar que el CDB exige que en las transferencias de tecnologías se respeten los DPI y las normas internacionales que los regulan; no obstante, obliga a las Partes a cooperar para que los DPI apoyen y no se opongan a sus objetivos⁷⁸.

3. *La transferencia de tecnología en el Acuerdo sobre los ADPIC*

El Acuerdo sobre los ADPIC, además de considerar la transferencia tecnológica como uno de sus objetivos, reconoce que algunas medidas pueden ser necesarias para prevenir el abuso de los DPI por sus titulares que afecten las transferencias en este campo⁷⁹. La concesión de licencias obligatorias y algunas medidas antidoto a las prácticas anticompetitivas son dos remedios posibles al abuso de los DPI. El Acuerdo permite autorizar, con base a un análisis caso por caso, el uso de una invención patentada sin el consentimiento de su titular⁸⁰. Dentro de estos usos se

⁷⁶ J. P. Beurier, “Le droit de la biodiversité”, *Revue Juridique De L'Environnement*, Vol. 1, No. 2, 1996, pp. 5-28.

⁷⁷ Véase C. Oh, “Patentes y monopolios aumentan los precios. . .”, *op. cit.*; C. M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO . . .*, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁸ Véanse los párrafos 2, 3 y 5 del artículo 16 CDB.

⁷⁹ Entre las medidas que los miembros podrán adoptar se encuentran especificar en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir un abuso de los DPI; establecer, de forma compatible con las restantes disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias. Párrafo 2 del artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC. Véase también el párrafo 1 del artículo 40.

⁸⁰ Véase el artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC. El inciso a) de esta disposición prohíbe la concesión automática de licencias obligatorias para cualquier tipo de invención.

encuentran las “licencias obligatorias o no voluntarias”⁸¹. Para poder obtener una licencia obligatoria es necesario que el titular del derecho no haya accedido en un plazo adecuado a conceder una licencia voluntaria en términos y condiciones comerciales *razonables*⁸². Algunos autores consideran que la falta de definición de lo que se considera razonable puede ser un obstáculo para la puesta en práctica de esta disposición⁸³. En este sentido es interesante mencionar que muchos países desarrollados han manifestado su temor de que las obligaciones de cooperar para lograr que los DPI no se opongan y apoyen los objetivos del Convenio pudieran ser utilizadas por los miembros para conceder licencias obligatorias, por lo que cabe esperar resistencia de su parte a las interpretaciones demasiado amplias de esta disposición⁸⁴. Ahora bien, si un procedimiento administrativo o judicial declara que una práctica es anticompetitiva, o en los casos de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, las licencias obligatorias podrán concederse sin que sea condición haber solicitado previamente una licencia voluntaria del titular, sin embargo, el pago de una compensación debida seguirá siendo exigible⁸⁵.

Por otro lado, el Acuerdo sobre los ADPIC también establece que los países desarrollados ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar la transferencia de tecnología a los países en desarrollo⁸⁶. Esta disposición, de ser implementada de forma efectiva y si se apoya con las medidas de

⁸¹ En el artículo 31 no se habla de "licencias obligatorias" ni de "licencias no voluntarias", sino de "otros usos sin autorización del titular de los derechos". Ello se debe a que el artículo engloba en el mismo conjunto de normas la concesión de licencias obligatorias y el uso por el gobierno o por un contratista al servicio del gobierno. La concesión de licencias obligatorias y el uso por el gobierno son dos formas de uso sin autorización del titular de los derechos.

⁸² Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁸³ D. Gervais, *The TRIPS Agreement*. . . , *op. cit.*, p. 251.

⁸⁴ M. Melgar, *Biotecnología y propiedad intelectual*. . . , *op. cit.*, p 230.

⁸⁵ Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁸⁶ Párrafo 2 del artículo 66. Por su parte el párrafo 1 de esta disposición, tomando en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo, sus limitaciones económicas, financieras y administrativas y de la flexibilidad que necesitan para establecer una base tecnológica viable, dispone que ninguno de estos miembros estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo durante un período de 10 años contado desde la fecha de aplicación que establece en el párrafo 1 del artículo 65.

financiación del Convenio, puede tener un impacto importante en la transferencia de tecnología ya que, un acercamiento a las expectativas económicas del sector privado con relación a sus invenciones, eliminaría uno de sus principales obstáculos⁸⁷.

De lo hasta ahora expuesto podemos concluir que no existe, en principio, conflicto jurídico entre las disposiciones del CDB y el Acuerdo sobre los ADPIC en materia de transferencia tecnológica ya que los dos la contemplan como un objetivo. La dificultad radica en lograr que la implementación y aplicación de sus disposiciones logren equilibrar la necesidad de proteger las tecnologías a través de los DPI y evitar que éstos obstruyan la transferencia tecnológica⁸⁸. La tarea, aunque posible, no es sencilla y para algunos autores, al menos a corto plazo, el Acuerdo sobre los ADPIC dificultara a los países del Sur tener acceso a las tecnologías⁸⁹.

Como ya hemos mencionado en capítulos anteriores, los efectos del Acuerdo sobre los ADPIC en la transferencia de tecnología, la protección de los conocimientos tradicionales y, en general, la relación del CDB y el Acuerdo sobre los ADPIC, están siendo examinados por el Consejo de los ADPIC por mandato de la Declaración

⁸⁷ G. Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*. . . , *op. cit.*, p. 57. Es importante destacar que en una Decisión Ministerial de la OMC, además de reafirmarse la obligatoriedad de esta disposición, se encomendó al Consejo de los ADPIC el establecimiento de un mecanismo para garantizar la supervisión y la plena aplicación de las obligaciones en este contexto y además dispone que los miembros informaran de forma detallada anualmente sobre el funcionamiento en la práctica de los incentivos ofrecidos al sector privado para fomentar la transferencia de tecnología. *Cfr.* Conferencia Ministerial, *Decisión sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación*. OMC Doc. WT/MIN(01)/17, 20 de noviembre de 2001, párr. 11.2. Véase también Consejo de los ADPIC, *Aplicación del párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC*. OMC Doc. IP/C/28, 20 de febrero de 2003.

⁸⁸ Y. Shim, "Intellectual Property Protection of Biotechnology . . .", *op. cit.*, p. 234.

⁸⁹ C. M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO . . .*, *op. cit.*, p. 18; M. Khor, *El saqueo del conocimiento . . .*, *op. cit.*, p. 93; F. Munari, "Technology Transfer and the Protection of the Environment", en: F. Francioni (ed.), *Environment, Human Rights & International Trade*, Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 160.

Ministerial de Doha⁹⁰. Los estudios hasta ahora realizados demuestran la falta de consenso entre los países del Norte y del Sur en muchas de las cuestiones examinadas⁹¹.

Ahora bien, aunque no se analiza formalmente la relación del Protocolo de Kioto con las normas de la OMC en la forma en que se analiza la relación del CDB con el Acuerdo sobre los ADPIC, su estudio en distintos foros es una evidencia de que el tema forma parte del debate internacional sobre comercio y medio ambiente⁹².

II. EL COMERCIO DE EMISIONES EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE KIOTO Y SU INTERACCIÓN CON LAS NORMAS DE LA OMC

En capítulos anteriores mencionamos que el calentamiento de la tierra, atribuido a la acumulación de gases que producen el efecto invernadero, es motivo de preocupación en la Comunidad internacional por las graves consecuencias ambientales, económicas y sociales que podría producir⁹³. El Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en lo sucesivo el Protocolo de Kioto) pretende reducir las emisiones anuales de estos gases en los

⁹⁰ Cfr. *Declaración Ministerial de los Estados miembros de la OMC*, adoptada en Doha . . . , *op. cit.*, párr. 19.

⁹¹ Véase la nota de la Secretaría del Consejo de los ADPIC, *Examen de las disposiciones del párrafo 3 b) del artículo 27*. . . , *op. cit.*

⁹² T. L. Brewer, "The WTO and the Kyoto Protocol: Interaction Issues", *Revised Version: 22 March 2004 – Forthcoming in Climate Policy*; T. L. Brewer, "The Trade Regime and the Climate Regime: Institutional Evolution and Adaptation", *Climate Policy*, Vol. 3, 2003, p.333; A. Green, "Climate Change, Regulatory Policy and The WTO: How Constraining Are Trade Rules?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 8, March 2005, pp. 143-189; S. Charnovitz, "Trade and Climate: Potential Conflicts and Synergies" en AA. VV., *Beyond Kyoto: Advancing the International Effort Against Climate Change*, Pew Center on Climate Change, 2003, pp. 141-170; S. Jinnah, "Emissions Trading under the Kyoto Protocol: NAFTA and WTO concerns", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 15, Summer, 2003, pp. 709-761; A. Petsonk, "The Kyoto Protocol and the WTO: Integrating Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading into the Global Marketplace", *Duke Environmental Law and Policy Forum*, Vol. 10, Fall 1999, pp. 185-220; J. Werksman, "Greenhouse Gas Emissions Trading and the WTO", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 8, No. 3, 1999, pp. 251-264; Z. X. Zhang, "Greenhouse Gas Emissions Trading and the World Trading System", *Journal of World Trade*, Vol. 32, No.5, 1998, pp. 219-239.

⁹³ Véase el preámbulo del CMNUCC (*BOE*, 01 de febrero de 1994, No. 27).

países industrializados y con economías en transición (países Anexo B)⁹⁴ para el periodo de 2008-2012 aproximadamente 5% por debajo de los niveles registrados en 1990⁹⁵. Para cumplir con sus compromisos los países Anexo B deben adoptar medidas encaminadas a reducir las emisiones dentro de su territorio, pero también podrán, en ciertos casos, contabilizar como propias las reducciones de emisiones que se logren en el extranjero a través de los “mecanismos de flexibilidad”⁹⁶. Los costes que implica reducir las emisiones de gases efecto invernadero puede diferir de forma importante de un país a otro. Por lo tanto, los mecanismos de flexibilidad adoptan una orientación de mercado con el fin de permitir a los países Anexo B cumplir con sus compromisos de reducción al menor coste posible⁹⁷. El sistema funciona al permitir atribuirse a los Estados parte las reducciones de emisiones logradas en otros países o la adquisición de porcentajes de emisión no utilizados de las cuotas de emisión de otros países para

⁹⁴ Protocolo de Kioto a la CMNUCC (*BOE*, 08 de febrero de 2005, No. 33). Los países que aparecen en el Anexo B del Protocolo de Kioto coinciden casi en su totalidad con los que figuran en el Anexo I del CMNUCC. En lo sucesivo nos referiremos indistintamente a ambos anexos.

⁹⁵ Párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo de Kioto. Aunque en el Protocolo todas las Partes comparten algunas obligaciones generales, sólo los países que forman parte del Anexo B han asumido compromisos concretos de reducción, mantenimiento o aumento limitado de emisiones. Los compromisos específicos asumidos por los países Anexo B difieren y van desde obligaciones de no aumentar las emisiones en más de un 10% hasta las más estrictas en donde los compromisos son reducir las emisiones en un 8% por debajo de los niveles registrados en 1990.

⁹⁶ J. Saura, “Flexibility Mechanisms in the Kyoto Protocol: Constitutive Elements and Challenges Ahead”, *Revue générale de droit*, Vol. 34, 2004, pp. 107-140; S. Tsai, “UNFCCC Technical Workshop on Mechanisms of the Kyoto Protocol”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy Yearbook*, 1999, pp. 220-229; F. Missfeld, “Flexibility Mechanisms: Which Path to Take after Kyoto?”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 7, No. 2, July 1998, pp. 128-139; A. Rodrigo, “Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales del medio ambiente”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2001, p. 221 y ss.

⁹⁷ Véase “Respuestas a las preguntas del G-77 y China sobre los mecanismos de flexibilidad”, en: Conference of the Parties Fourth Session, *Matters Related to Decision 1/CP.3 Paragraph 5*. FCCC/CP/1998/MISC.7/Add.1, 3 de noviembre de 1998, p. 21. Para un estudio en el que se observa que con la existencia de los mecanismos de flexibilidad el coste que implicaría el cumplimiento de las obligaciones del Protocolo de Kioto para algunos países se reduciría en un 50 por ciento véase J. Acquatella, *Fundamentos económicos de los mecanismos de flexibilidad para la reducción internacional de emisiones en el marco de la Convención de Cambio Climático (UNFCCC)*, Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2001, p. 12.

así cumplir con los compromisos de reducción⁹⁸. El comercio de emisiones es uno de los tres mecanismos de flexibilidad previstos en el Protocolo⁹⁹.

En los últimos años algunos autores han manifestado su preocupación de que las normas de la OMC puedan restar eficacia a las disposiciones sobre el comercio de emisiones previsto en el Protocolo de Kioto¹⁰⁰. Pese a que sobre este tema existen aún importantes cuestiones que precisan ser aclaradas, por ejemplo, no está claro que el comercio de emisiones quede comprendido en el ámbito material de aplicación de alguno de los acuerdos del régimen del comercio internacional, en lo que resta de este capítulo nos ocuparemos de analizar la relación entre las normas de la OMC y el comercio de emisiones en el Protocolo de Kioto por ser un potencial punto de interacción entre el régimen del comercio internacional y los AMUMA.

A) EL COMERCIO DE EMISIONES

El comercio de emisiones implica la concesión de derechos para emitir cuotas específicas de gases que producen efecto invernadero durante un periodo de tiempo

⁹⁸ F. Missfeld, "Flexibility Mechanisms. . .", *op. cit.*, p. 128.

⁹⁹ Los otros dos son el mecanismo para un desarrollo limpio (MDL) y la implementación conjunta (IC). El MDL consiste en proyectos que los países Anexo I realizan en los países no-Anexo I y que tiene por resultado disminuciones de emisión de gases efecto invernadero. Este tipo de reducciones se miden en "reducciones certificadas de emisiones" y se atribuyen al País Anexo I que podrá utilizarlas para cumplir con sus compromisos cuantificados de reducción y limitación de gases o podrán venderlas. Véase en general A. M. Halvorssen, "The Kyoto Protocol and Developing Countries--The Clean Development Mechanism", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 16, Spring 2005, pp. 353-375; A. Rodrigo, "Nuevas técnicas jurídicas. . .", *op. cit.*, pp. 221-238. Por su parte, la IC funciona de forma similar al MDL con la diferencia de que implica proyectos realizados entre países Anexo I solamente. Las reducciones logradas en este contexto se miden en "unidades de reducción de emisiones". Véase G. Wiser, "Joint Implementation: Incentives for Private Sector Mitigation of Global Climate Change", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 9, 1997, pp. 747-767.

¹⁰⁰ S. Jinnah, "Emissions Trading under the Kyoto Protocol: NAFTA and WTO concerns", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 15, Summer, 2003, pp. 709-761; National Board on Trade, *Climate and Trade Rules--Harmony or Conflict*, Stockholm: Kommerskollegium, 2004; A. Petsonk, "The Kyoto Protocol and the WTO: Integrating Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading into the Global Marketplace", *Duke Environmental Law and Policy Forum*, Vol. 10, Fall 1999, pp. 185-220; G. M. Wiser, "The Clean Development Mechanism Versus The World Trade Organization: Can Free-Market Greenhouse Gas Emissions Abatement Survive Free Trade?", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 11, Spring 1999, pp. 531-597; T. L. Brewer, , "The WTO and the Kyoto Protocol: Interaction Issues", *Revised Version: 22 March 2004 – Forthcoming in Climate Policy*.

determinado¹⁰¹. Estos derechos podrán ser vendidos sólo entre países Anexo B a través de las denominadas “unidades de la cantidad atribuida” (UCA) que corresponden a una tonelada métrica de dióxido de carbono equivalente¹⁰². Este sistema aporta incentivos para que los gobiernos y el sector privado intenten lograr reducciones adicionales de emisiones, ya que podrán beneficiarse si las ponen a la venta en el mercado¹⁰³. Los países con costes de reducción elevados también saldrán beneficiados ya que podrán adquirir derechos de emisión de países en los que suponen menores costes, facilitando así el cumplimiento de las obligaciones del Protocolo¹⁰⁴.

Únicamente los Estados Anexo B que cumplan con las obligaciones informativas y técnicas establecidas en el Protocolo¹⁰⁵ podrán participar en el comercio de emisiones¹⁰⁶. Otra limitación es que el comercio de emisiones sólo podrá

¹⁰¹ Sobre el comercio de emisiones el artículo 17 del Protocolo de Kioto dispone que las partes incluidas en el anexo B podrán participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos cuantificados de reducción de emisiones. El Protocolo ordena a la Conferencia de las Partes que determine los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes, en particular para la verificación, la presentación de informes y la rendición de cuentas en relación con el comercio de los derechos de emisión. Estos principios, modalidades, normas y directrices fueron adoptadas en la séptima Conferencia de las Partes, principalmente en las Decisiones 15/CP.7, 16/CP.7, 18/CP.7 y 24/CP.7. Véase el informe de la Conferencia de las Partes sobre su séptimo período de sesiones, celebrado en Marrakech del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001. FCCC/CP/2001/13/Add.1, Add.2, Add.3, del 21 de enero de 2002.

¹⁰² Las “reducciones certificadas de emisiones” del MDL y las “unidades de reducción de emisiones” de la IC son intercambiables con las “unidades de la cantidad atribuida” del comercio de emisiones. Véase Decisión 16/CP.7, *Directrices para la aplicación del artículo 6 del Protocolo de Kioto*, en el informe de la Conferencia de las Partes sobre su séptimo período de sesiones. . . , *op. cit.*, p. 6.

¹⁰³ UNCTAD, *A Pilot Greenhouse Gas Trading System: The Legal Issues*, Geneva: United Nations, 1996, p. 4.

¹⁰⁴ M. Grubb, “International Emissions Trading under the Kyoto Protocol: Core Issues in Implementation”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 7, No. 2, 1998, p. 141.

¹⁰⁵ Básicamente las obligaciones consisten en registrar y calcular las cantidades atribuidas de gases que crean el efecto invernadero (art. 3 párrs 7 y 8); establecer un sistema nacional para estimar las emisiones y absorciones antropógenas de gases (art. 5.1); presentar un inventario anual de gases efecto invernadero, así como la información suplementaria para precisar la cantidad de gases efecto invernadero atribuida al Estado (arts. 5.2 y 7.1); establecer un registro nacional de emisiones y absorciones de gases efecto invernadero (art. 7.4). Estas obligaciones recaen únicamente en los Estados comprendidos en el Anexo I. En opinión de J. Saura, ya que los países no Anexo I también se benefician de los mecanismos de flexibilidad, debería exigírseles el cumplimiento de las obligaciones anteriores. J. Saura, *El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre el cambio climático*, Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 2003, p. 46.

¹⁰⁶ En el caso de que se incumplan los requisitos de información y técnicos el Comité de cumplimiento podrá suspender el derecho a participar en el comercio de emisiones. *Cfr.* Decisión 24/CP.7, *Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kioto*. FCCC/CP/2001/13/Add.3, 21 de enero de 2002, pp. 72-86.

ser utilizado para complementar las medidas que las partes adoptan en el ámbito doméstico para reducir o limitar las emisiones; es decir, deben tener un carácter suplementario de las medidas nacionales¹⁰⁷. El Protocolo no precisa qué porcentaje de los compromisos de reducción debe lograrse domésticamente para que el comercio de emisiones se considere suplementario. La única guía –no del todo satisfactoria– la proporciona la Conferencia de las Partes que ha dicho que las medidas nacionales deben constituir *una parte importante* de las reducciones necesarias para cumplir con los compromisos de cada Estado Parte¹⁰⁸. Para J. Saura esta imprecisa redacción sirve únicamente para excluir las pretensiones de algunos países de cumplir a través de los mecanismos de flexibilidad con el cien por cien de sus compromisos de reducción, pero no permite excluir futuras polémicas sobre si, por ejemplo, el 15 o 20 por ciento de reducciones domésticas ya puede considerarse una parte importante¹⁰⁹.

Pese a que desde una perspectiva netamente económica puede ayudar a lograr reducción de emisiones a menor coste, el comercio de emisiones lleva implícitos algunos riesgos que han dado lugar a una importante oposición política. El problema es que, en algunos casos, los compromisos asumidos establecen niveles de emisión muy por encima de las expectativas reales de emisión, incluso en ausencia de adopción de medidas destinadas a reducirlos¹¹⁰. La controversia gira en torno a la

¹⁰⁷ Inciso d) del artículo y artículo 17 del Protocolo de Kioto. Las consecuencias derivadas del incumplimiento de la condición de suplementariedad no están previstas en el Protocolo por lo que previsiblemente se limitarán a una mera recomendación por parte del Comité de cumplimiento. J. Saura, *El cumplimiento del Protocolo de Kioto. . .*, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹⁰⁸ Véase Decisión 15/CP.7, *Principios, carácter y objeto de los mecanismos previstos en los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo de Kioto*, en el informe de la Conferencia de las Partes sobre su séptimo período de sesiones, celebrado en Marrakech del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001. FCCC/CP/2001/13/Add.2, del 21 de enero de 2002, p. 3. Sobre los diversos aspectos analizados en esta Conferencia de las Partes véase D. A. Wirth, “The Sixth Session (Part Two) and Seventh Session of the Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, July, 2002, pp. 648–660; A. Rodrigo, “Los Acuerdos de Marrakech adoptados en la séptima reunión de la conferencia de las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático”, *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. LIII, No.1-2, 2001, pp. 331-342.

¹⁰⁹ J. Saura, *El cumplimiento del Protocolo de Kioto. . .*, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹¹⁰ M. Grubb, “International Emissions Trading . . .”, *op. cit.*, p. 142.

posibilidad de que, en virtud de que la exigencia de suplementariedad no ha sido cuantitativamente definida, algunos países desarrollados pretendan cumplir con sus compromisos de reducción adquiriendo lo que se ha denominado “aire caliente”, en lugar de adoptar medidas nacionales¹¹¹. Se critica también que los países que cuentan con “aire caliente” puedan beneficiarse de la venta de las UCA sin que tenga lugar ningún tipo de reducción de las emisiones frustrando así los objetivos del Protocolo¹¹². Visto así el comercio de emisiones no es otra cosa que comercio de contaminación, a la par que una opción para debilitar los ya de por sí insuficientes compromisos asumidos¹¹³. El comercio de emisiones es un posible punto de interacción entre el Protocolo de Kioto y el régimen del comercio internacional. El análisis de estas interacciones precisa determinar en primer lugar si el comercio de emisiones queda comprendido en algunos de los acuerdos administrados por la OMC.

B) EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DEL COMERCIO DE EMISIONES

Algunos autores consideran que las UCA tienen un componente físico (el título que los consigna) de modo que potencialmente podrían ser consideradas “mercancías” y estar sujetas a las disciplinas del GATT¹¹⁴. Pese a que el GATT no define lo que debe entenderse por “mercancías”, el supuesto componente físico de los derechos de emisión parece insuficiente para otórgales la calidad de “producto”. Además, el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías en ocasiones utilizado como referencia para determinar si un bien es una mercancía, no

¹¹¹ D. M. Driesen, “Free Lunch or Cheap Fix?: The Emissions Trading Idea and the Climate Change Convention”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 26, Fall 1998, p. 60.

¹¹² S. Shim, “Korea’s Leading Role in Joining the Kyoto Protocol with the Flexibility Mechanisms as “Side-Payments”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 15, Winter, 2003, p. 217. En principio Rusia y Ucrania y otros países de Europa del Este estarán en posición de vender aire caliente como consecuencia de la reducción de emisiones de gases efecto invernadero producidas por la recesión económica generada por el desmembramiento de la Unión Soviética.

¹¹³ S. Shim, “Korea’s Leading Role in Joining the Kyoto Protocol . . .”, *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁴ National Board on Trade, *Climate and Trade Rules. . .*, *op. cit.*, p. 22. Algunos autores llegan a la misma conclusión con otro argumento véase S. Jinnah, “Emissions Trading . . .”, *op. cit.*, p. 721.

contempla a las UCA en su clasificación¹¹⁵. Así, es poco probable que en la práctica las UCA se consideren “mercancías”¹¹⁶. Otra posibilidad es que las UCA, al tener un valor de mercado y poder ser vendidas y adquiridas, sean consideradas instrumentos negociables y queden comprendidas dentro de los servicios financieros a los que son aplicables las normas del Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS)¹¹⁷. Algunos autores opinan que para que las UCA quedarán sometidas a las normas del AGCS sería necesario incluirlas expresamente en las Listas de compromisos específicos como una categoría particular de servicios, siendo insuficiente la adquisición de compromisos de liberalización del sector de servicios financieros. En cualquier caso, las variadas opiniones encontradas en la doctrina tienen solamente un carácter especulativo ya que ningún acuerdo de la OMC reconoce o niega de forma explícita ser aplicable al comercio de emisiones. Adicionalmente, no existe ningún pronunciamiento formal de la Conferencia Ministerial o del Órgano de Solución de Diferencias que despeje las dudas en este campo. De modo que la cuestión sigue abierta. Por otro lado, si bien es verdad que es más probable que el comercio de emisiones sea considerado un servicio y no un producto, el hecho de que las UCA sean una creación de las Partes en el Protocolo de Kioto con el fin específico de facilitar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales da fuerza al argumento de que las UCA no deberían ser consideradas ni una mercancía ni un servicio, resultando inaplicables el GATT y el AGCS¹¹⁸. Ahora bien, como observa S. Charnovitz, aunque el comercio de emisiones en sí mismo podría no quedar

¹¹⁵ A. Petsonk, “The Kyoto Protocol and the WTO. . .”, *op. cit.*, pp. 199-200.

¹¹⁶ J. Werksman infiere que al no ser bienes tangibles como los que incluyen los miembros en las Listas de concesiones del GATT es difícil que las UCA puedan considerarse mercancías. J. Werksman, “Greenhouse Gas Emissions Trading and the WTO. . .”, *op. cit.*, p. 255.

¹¹⁷ S. Jinnah, “Emissions Trading . . .”, *op. cit.*, p. 738. Las políticas adoptadas por las partes en lo concerniente a este tipo de servicios estarían sujetas al AGCS en la medida en que se encontrarán comprendidos en las Listas de compromisos específicos adquiridos individualmente por los miembros.

¹¹⁸ S. Charnovitz, “Trade and Climate . . .”, *op. cit.*, p. 152.

comprendido en el ámbito material de los acuerdos de la OMC, las normas del régimen del comercio internacional pueden entrar en escena si un Estado se ve involucrado en el sistema de comercio de emisiones afectando los objetivos de liberalización comercial¹¹⁹.

C) EL COMERCIO DE EMISIONES COMO POTENCIAL PUNTO DE INTERACCIÓN ENTRE EL PROTOCOLO DE KIOTO Y LAS NORMAS DE LA OMC

Además del mercado internacional de emisiones inter-partes Anexo B establecido por el Protocolo de Kioto -y las decisiones que lo desarrollan-, las partes pueden establecer sistemas domésticos o regionales de comercio de emisiones, en donde los intercambios de derechos de emisión tendrían lugar entre empresas nacionales o entre un grupo de Estados o entre empresas de un grupo de Estados¹²⁰. Si bien es verdad el Protocolo de Kioto no exige el establecimiento de los sistemas nacionales es indudable que en muchos casos están destinados a administrar de forma más eficiente las cuotas de emisión que éste asigna. De este modo, aunque no se pueda decir que este tipo de sistemas en todos los casos implementan el Protocolo de Kioto, es innegable el papel que pueden tener en el cumplimiento de sus objetivos¹²¹.

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ Véase S. Charnovitz, "Trade and Climate . . .", *op. cit.*, pp. 152 y 155; National Board on Trade, *Climate and Trade Rules. . .*, *op. cit.*, p. 67; P. Bohm, *International Greenhouse Gas Emission Trading –With Special Reference to the Kyoto Protocol*, Copenhagen: Tema Nord, 1999, p. 9; OECD Environment Directorate and International Energy Agency, *Market Access Issues In International GHG Emissions Trading*, 2000. OCDE Doc. COM/ENV/EPOC/IEA/SLT(2000)7, p. 7.

¹²¹ Por ejemplo, la Directiva por la que se establece el mercado de emisiones de carácter regional para los Estados de la Comunidad Europea, calificada de compatible con el Protocolo de Kioto pero que es independiente de éste, dispone: ". . .La Comunidad y sus Estados miembros han acordado cumplir conjuntamente sus compromisos de reducir las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero contemplados en el Protocolo de Kioto de conformidad con la Decisión 2002/358/CE. La presente Directiva pretende contribuir a que se cumplan en mayor medida los compromisos de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, mediante un mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero eficaz y con el menor perjuicio posible para el desarrollo económico y la situación del empleo . . .". *Cfr.* Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo. (Diario Oficial de Unión Europea L.275/32, 25.10.2003).

Precisamente dos de los posibles puntos de interacción entre el comercio de emisiones y las normas de la OMC se dan, una, en el sistema doméstico y, otra, en el sistema internacional.

1. *Las asignaciones de los derechos de emisión en los sistemas domésticos*

El Protocolo de Kioto no establece de qué forma los países Anexo B deben administrar sus cuotas de emisión. Lo más probable es que estos países distribuyan las unidades de sus cuotas de emisión (derechos de emisión), de forma gratuita o por medio de subastas, entre los diversos sectores productivos de su territorio¹²². Dependiendo de los criterios utilizados para hacer este reparto algunos sectores serán beneficiados y otros serán afectados¹²³. Los problemas se pueden presentar si, por ejemplo, el sector beneficiado gana una ventaja comercial importante frente a las empresas extranjeras, digamos porque recibe de forma gratuita una cantidad generosa de derechos de emisión mientras que las empresas extranjeras deben adquirir sus derechos de emisión por medio de una subasta. De este modo, es posible que los criterios para realizar las asignaciones sean percibidos como un subterfugio para la protección comercial¹²⁴, hasta el punto de considerar los beneficios adquiridos como

¹²² Así se ha hecho en varios países europeos, por ejemplo, España ha adoptado su Plan nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007 con el Real Decreto 1866/2004 de fecha de 6 de septiembre de 2004 (*BOE*, 7 de septiembre de 2004, No. 216).

¹²³ Por ejemplo, en aquellos casos en que las asignaciones se realizan con base en un criterio histórico, conocido en la doctrina anglosajona como “*grandfathering*”, en donde los derechos de emisión se reparten en proporción con las emisiones históricas de las fuentes, las empresas nuevas se verán discriminadas. Cuando las decisiones sobre la asignación atiende a otros criterios sociales, económicos o políticos las empresas que no queden comprendidas dentro de éstos se verán discriminadas. Incluso en los casos en que los derechos de emisión se distribuyen por medio de subasta pública, las empresas con menor poder económico sentirán que el criterio es injusto. A. Peterson, “The Kyoto Protocol and the WTO. . .”, *op. cit.*, pp. 207-208.

¹²⁴ A. Green ha escrito: “. . . The potential costs to particular regions and sectors of implementing climate change policies raise the fear that governments will resort to protectionism - that is, implement their climate change policy in a manner which either protects their domestic industries from a loss of international competitiveness or imposes the costs of reductions on importers. . .”. A. Green, “Climate Change, Regulatory Policy and The WTO. . .”, *op. cit.*, p. 145.

una subvención a los que les sería aplicable el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC)¹²⁵.

El Acuerdo SMC define las subvenciones como las contribuciones financieras, las transferencias directas de fondos, la condenación de ingresos públicos que en otros casos se percibirían y la concesión de bienes o servicios de un gobierno a una empresa o rama de producción específicas¹²⁶. Dependiendo de sus características las subvenciones estarán prohibidas, serán recurribles o no-recurribles. Las subvenciones estarán prohibidas si están supeditadas *de jure* o *de facto*¹²⁷ a los resultados de exportación o al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones¹²⁸. Por otro lado, serán recurribles las subvenciones que causen daño o un perjuicio grave a la una rama de producción de otro miembro o cuando anulen o menoscaben los derechos adquiridos por otro miembro por virtud del GATT¹²⁹. Corresponde al miembro que aplica la subvención la carga de la prueba encaminada a demostrar que no se causan daños o perjuicios graves al miembro demandante. Si se determina que el daño existe el miembro debe retirar la subvención o eliminar los efectos adversos. Por último, las subvenciones no recurribles son aquellas no específicas a un sector o empresa, o las que siendo específicas están destinadas a la asistencia de actividades de investigación,

¹²⁵ R. W. Parker, *Designs for Domestic Carbon Emissions Trading: Comments on the WTO Aspects*, Discussion Draft, June 22, 1998, p. 2.

¹²⁶ Artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, reproducido en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales. . . , op. cit.*, pp. 275-329.

¹²⁷ Esta norma se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aun sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. El mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación en el sentido de esta disposición.

¹²⁸ Artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Este tipo de medidas podrán ser sometidas al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC que en última instancia puede autorizar al miembro afectado a adoptar medidas compensatorias.

¹²⁹ *Ibid.*, artículo 7.1. Se presume que se ocasiona un perjuicio grave si la tasa global de subvención es superior al 5 por ciento del valor del producto.

de regiones desfavorecidas o para ayudar a las empresas a adaptarse a nuevas exigencias ambientales¹³⁰.

Para algunos autores la asignación de derechos de emisión, pese a tener un valor comercial y poder ser transferidos, no deben de ser considerados una subvención, entre otras cosas, porque no implican una contribución financiera, una transferencia de fondos o una condonación de ingresos públicos¹³¹. Sin embargo, como observa S. Charnovitz, recientemente los Grupos Especiales han interpretado que la expresión "contribución financiera" no es únicamente aplicable a las transferencias de dinero, sino que también comprende las transferencias de recursos que puedan valorarse, como la concesión de derechos de tala de madera¹³². Por lo tanto, aunque las subvenciones debidamente diseñadas no deben presentar problemas en el contexto del Acuerdo SMC, no puede descartarse que asignaciones generosas y gratuitas de derechos de emisión en beneficio de un sector determinado de la producción lleguen a ser consideradas una subvención recurrible¹³³.

2. *El trato discriminatorio entre países Anexo B en el sistema internacional*

Si se asume que el AGCS es aplicable al comercio de emisiones, la aplicación del principio de la Trato Nacional y la concesión de acceso a los mercados dependería en cada caso de los Lista de compromisos específicos de cada miembro, mientras que el principio de Nación Más Favorecida aplicaría de forma inmediata.

¹³⁰ *Ibid.*, artículo 8.

¹³¹ Para algunos autores la asignación de derechos de emisión implica una decisión estatal de distribución de responsabilidades para cumplir con un acuerdo internacional. A. Petsonk, "The Kyoto Protocol and the WTO. . .", *op. cit.*, p. 208. Por otro lado, las asignaciones no necesariamente recaerán en un sector productivo específico. National Board on Trade, *Climate and Trade . . .*, *op. cit.*, p. 71.

¹³² En cualquier caso, S. Charnovitz destaca que, mientras la madera es una mercancía, el comercio de emisiones no lo es. S. Charnovitz, "Trade and Climate . . .", *op. cit.*, p. 153. Véase también el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Determinaciones preliminares con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*. OMC. Doc. WT/DS236/R, 27 de septiembre de 2002, párrs. 7.24 y 7.30.

¹³³ National Board on Trade, *Climate and Trade Rules . . .*, *op. cit.*, p. 71.

El principio de la Nación Más Favorecida del AGCS podría dar lugar a algunas diferencias si se da el caso de que un miembro de la OMC que figura entre los países Anexo B del Protocolo realiza transacciones comerciales con otros miembros Anexo B, pero prohíbe o condiciona el comercio de emisiones con otros países miembros Anexo B¹³⁴. Esta hipótesis no es difícil que se presente en la práctica. Durante las negociaciones del sistema de comercio de emisiones para la Comunidad Europea diversos grupos ambientalistas demandaron, al final sin éxito, medidas restrictivas del comercio de emisiones con países Anexo B con “aire caliente” como Rusia, ya que minan los objetivos de Protocolo¹³⁵.

En el supuesto de que una medida de este tipo fuera adoptada no está claro que pudiera encontrar justificación en las excepciones ambientales del AGCS ya que el comercio de emisiones sólo de forma indirecta protege la salud y la vida de las personas y de los animales o sirve para preservar los vegetales¹³⁶. Adicionalmente, para superar las exigencias del preámbulo del artículo del artículo XIV del AGCS el Estado miembro que aplica la medida debería demostrar que en el país afectado por la limitación al comercio de emisiones no prevalecen condiciones similares a las del miembro con que el que si permite el comercio de emisiones. No está claro si al exigir que prevalezcan condiciones similares, en lugar de las mismas condiciones como exige el GATT, el AGCS prohíba la discriminación entre países cuya semejanza sea

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ *Ibid.* p. 70.

¹³⁶ El informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional* es la única decisión que guarda cierto paralelismo con las medidas encaminadas a mitigar el cambio climático ya que también se atribuye a la contaminación atmosférica. Sin embargo, ya que la decisión reconocía que el aire era un recurso natural agotable del tipo al que hace referencia el inciso g) del artículo XX del GATT un pronunciamiento similar no es posible en el contexto del AGCS ya que, a diferencia del GATT, no tiene una excepción destinada a proteger los recursos naturales agotables. *Cfr.* informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996. Para una opinión en contra véase G. M. Wiser, “The Clean Development Mechanism Versus The World Trade Organization: Can Free-Market Greenhouse Gas Emissions Abatement Survive Free Trade?”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 11, Spring 1999, p. 583.

menor. En cualquier caso, es poco probable que entre países Anexo B que tienen compromisos de reducción de emisiones y derecho al uso de los mecanismos de flexibilidad el OSD encuentre que no existen condiciones similares que justifiquen un trato discriminatorio.

Es importante decir que, a diferencia de lo que sostienen algunos autores, si en el supuesto mencionado el país en el que recae la limitación del comercio de emisiones fuera miembro de la OMC pero no fuera parte en el Protocolo de Kioto no se daría la violación de la cláusula de la Nación Más Favorecida¹³⁷. En la hipótesis del presente examen hemos asumido que las UCA son consideradas servicios, no obstante, los razonamientos que pasamos a exponer serían igualmente aplicables si fueran consideradas mercancías. El principio de la Nación Más Favorecida sólo es exigible entre servicios similares. Ya hemos mencionado que el AGCS no define lo que debe entenderse por servicios similares. Por lo tanto, recurrir a la experiencia del GATT en busca de guía resulta inevitable¹³⁸. Así, al igual que sucede en el GATT, la similitud de dos servicios o proveedores de servicios tomará en cuenta aquellos factores que puedan afectar su relación de competencia en el mercado¹³⁹, particularmente: las propiedades, naturaleza y calidad de los servicios; los usos finales; los gustos del consumidor; y la clasificación¹⁴⁰.

Los usos finales y los gustos y hábitos del consumidor pueden ser determinantes para concluir que los derechos de emisión de un país parte del Protocolo no son similares a los derechos de emisión de países que no lo son. Las

¹³⁷ A. Green sostiene que una violación del AGCS se podría producir porque el Protocolo sólo permite el comercio de emisiones entre países Anexo B, discriminando a todos los países que no son parte del Protocolo. A. Green, "Climate Change, Regulatory Policy and The WTO. . .", *op. cit.*, p. 145.

¹³⁸ R. García López, *La liberalización del comercio de servicios en la OMC*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 98.

¹³⁹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R, 12 de marzo de 2001, p. 46.

¹⁴⁰ Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*. GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, párr. 18.

UCA tienen por finalidad ayudar a los países Anexo B a cumplir con sus compromisos de reducción de emisiones establecidos en el Protocolo. Además, únicamente las UCA adquiridas de países que figuran en el Anexo B sirven para ajustar los compromisos de reducción de otros países Anexo B. De este modo, los derechos de emisión de países distintos del Protocolo no tendrían los mismos usos finales que las UCA de los países Anexo B. Por otro lado, los consumidores (países o empresas privadas de países Anexo B) percibirán como servicios distintos a las UCA los derechos de emisión que no sirvan para ajustar los compromisos de reducción en virtud del Protocolo.

CUARTA PARTE

EL REFORZAMIENTO MUTUO DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL COMERCIO INTERNACIONAL

Lograr el apoyo mutuo entre los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) y el régimen del comercio internacional es una condición indispensable para alcanzar el objetivo del *desarrollo sostenible*¹. El problema es que, como hemos podido ver en capítulos anteriores, algunos AMUMA y el régimen del comercio internacional regulan y perciben las medidas comerciales de forma distinta y, hasta cierto punto, contradictoria, lo que puede dar lugar a conflictos normativos y jurisdiccionales en contra del objetivo del desarrollo sostenible.

Ahora bien, pese a la igualdad jurídica que existe en el plano internacional entre los acuerdos comerciales y los AMUMA y sus mecanismos de solución de diferencias, las diferencias institucionales parecen favorecer una mayor influencia del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que probablemente atraerá a su jurisdicción las controversias que tengan relación con estos ámbitos normativos. De este modo, lograr el apoyo mutuo entre los AMUMA y las normas de la OMC depende, en gran medida, de la forma en la que el OSD interprete los acuerdos comerciales en una eventual diferencia entre estos campos. Hasta ahora, los exámenes de legalidad aplicados por el OSD a las medidas comerciales que buscan proteger el medio ambiente no reflejan voluntad por distinguir las preocupaciones ambientales auténticas de aquellas que son adoptadas con fines proteccionistas. Es posible, por lo tanto, que la adopción de medidas comerciales en el contexto de un AMUMA, cuya motivación no es proteccionista, se consideren contrarias a algunas

¹ Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, Madrid: Alianza Editorial S.A., 1992, p. 29.

normas de la OMC². Esta situación produce un desequilibrio entre los intereses comerciales del régimen del comercio internacional y los objetivos ambientales protegidos por los AMUMA que precisa ser corregido para favorecer el logro del objetivo del *desarrollo sostenible*.

Esta cuarta y última parte del trabajo de investigación analiza la forma en la que las interacciones entre los AMUMA y las normas de la OMC pueden ser abordadas por el OSD para favorecer el reforzamiento mutuo entre estos campos. Un primer punto de partida es analizar qué papel podrían tener en el OSD de la OMC otras normas de Derecho internacional como los AMUMA en el momento de examinar la legalidad de una medida comercial adoptada en el contexto del acuerdo ambiental (capítulo X). De este examen se desprende que, al parecer, la mejor vía, al menos a corto plazo, para favorecer el apoyo mutuo entre éstos ámbitos normativos es realizar una interpretación teleológica de los acuerdos comerciales. Es decir, una interpretación sostenible de las normas de la OMC que, por un lado, favorezca a los intereses comerciales prohibiendo las medidas proteccionistas y, por otro lado, beneficie al medio ambiente evitando que los acuerdos comerciales puedan ser un obstáculo para las medidas no proteccionistas adoptadas en el contexto de un AMUMA. El desarrollo sostenible es uno de los objetivos de la OMC y, por lo tanto, como ha reconocido el propio Órgano de Apelación, debe impregnar la interpretación de todos los acuerdos comerciales (capítulo XI). Por último, la adopción de medidas de naturaleza legislativa también es una opción que permitiría para corregir el desequilibrio entre las políticas comerciales y ambientales de conformidad con el desarrollo sostenible, sin embargo, hay que decir que ésta no parece ser una alternativa si lo que se pretende es lograr resultados a corto plazo (capítulo XII).

² H. Chang, "An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 83, No. 6, July 1995, p. 2209.

Capítulo X

LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL OSD DE LA OMC

Las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) son algunas veces aplicables a los mismos hechos como hemos podido comprobar en capítulos anteriores. Por lo tanto, al menos en principio, existe la posibilidad de que se produzca una competencia de jurisdicciones entre los mecanismos de solución de diferencias de los AMUMA y el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC¹. No obstante, algunas características del OSD de la OMC –particularmente su competencia obligatoria– parecen indicar que atraerá a su jurisdicción las controversias que impliquen a dos miembros de la OMC que sean a su vez partes en un AMUMA. Obviamente, el OSD tendrá competencia exclusiva en aquellas controversias en las que una de las partes no esté vinculada al AMUMA. Ahora bien, pese a que el Órgano de Apelación sostiene que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) no debe leerse aislándolo clínicamente del Derecho internacional público, no está claro hasta qué punto los AMUMA pueden influir en las diferencias sometidas al OSD de la OMC².

Este capítulo está dedicado a analizar el grado de apertura del OSD respecto a otras normas de Derecho internacional, como los AMUMA. Para tal efecto, en la primera parte, se examinan aquellos aspectos institucionales y normativos de la solución de diferencias en la OMC que indican que probablemente atraerá a su jurisdicción las controversias que impliquen a los AMUMA y a las normas de la OMC. También son

¹ G. Marceau, "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction, The relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties", *Journal of World Trade*, Vol. 35, N. 6, 2001, pp. 1081-1131.

² Informe del Órgano de Apelación asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, p. 17. El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio –en lo sucesivo el GATT– puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25 y 503-583.

analizadas la posible autonomía del régimen de la OMC y sus consecuencias. En la segunda parte nos ocupamos de examinar las disposiciones que regulan el derecho aplicable por el OSD de la OMC y los límites que impone su jurisdicción sustantiva, en especial analizamos las posturas de aquellos autores que apoyan o niegan la posibilidad de que el Derecho internacional puede ser considerado parte del derecho aplicable. El capítulo concluye con una tercera parte en la que se estudia el papel del Derecho internacional en la interpretación de las normas de la OMC.

I. LA SOLUCION DE DIFERENCIAS EN LA OMC

A) LA VIS ATRACTIVA DEL OSD DE LA OMC

No existe ningún órgano judicial internacional con competencia obligatoria y general para resolver todas las diferencias que versen sobre la violación del Derecho internacional³. Sin embargo, existen un gran número de instancias judiciales y cuasi-judiciales con competencias en sectores específicos del Derecho internacional⁴. Puede suceder incluso que los Estados tengan a su disposición dos instancias igualmente competentes para resolver una misma controversia -fenómeno conocido como “*forum shopping*”⁵. Este puede ser el caso de las diferencias que surjan por la aplicación de medidas comerciales en el marco de un AMUMA ya que los Estados tienen la opción de

³ La Corte Internacional de Justicia no puede, por ejemplo, ejercitar su jurisdicción con relación a un Estado si no es con el consentimiento de éste. Véase el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴ Por ejemplo, existe el Tribunal internacional sobre el Derecho del Mar, la Corte Penal Internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), el OSD de la OMC, etc. Los posibles efectos en la unidad del Derecho internacional por la proliferación de tribunales internacionales ha generado cierta inquietud entre diversos sectores académicos. Véase AA. VV., *Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, N. 4, 1999, pp. 679-970. Véase también J. I. Charney, “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals”, *Recueil des Cours*, Vol. 271, 1988, pp. 101-382.

⁵ Esto sucede en los casos en que un mismo hecho esta regulado por dos acuerdos independientes cuyo cumplimiento es exigible en dos instancias de solución de diferencias distintas. C. P. R. Romano, “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, *Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, N. 4, 1999, p. 727; véase también Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2003; J. Pauwelyn, “Going Global, Regional, or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and other Jurisdictions”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 13, summer 2004, pp. 231-304.

acudir al OSD de la OMC o bien, si existe, al del AMUMA⁶. En opinión del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) este tipo de controversias deberían someterse a los mecanismos de diferencias de los AMUMA⁷. No obstante, hay razones para pensar que en la práctica los Estados preferirán acudir ante el OSD de la OMC.

Los miembros de la OMC han consentido *ex ante* la competencia del OSD para conocer de las diferencias relacionadas a los acuerdos comerciales y se han comprometido a acudir a él siempre que busquen reparación en caso de incumplimiento de los acuerdos mencionados o de la anulación de los beneficios de éstos derivados⁸. Así, cada vez que los acuerdos comerciales se puedan ver afectados –aunque sea por una política ambiental- los miembros de la OMC podrán iniciar un procedimiento ante el OSD⁹. En una situación distinta se encuentran los Estados que quieren hacer cumplir una norma de Derecho internacional del medio ambiente¹⁰. La naturaleza de las obligaciones derivadas de un tratado internacional del medio ambiente hace que en la solución de diferencias se adopte una posición menos contenciosa que en la OMC¹¹. Por

⁶ G. Marceau, "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction. . .", *op. cit.*, p. 1082; J. I. Yoon, "The World Trade Organization: Environmental Police?", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9, Spring 2001, p. 219.

⁷ Véase el *Informe (1996) del Comité de Comercio y Medio Ambiente a la Conferencia Ministerial de Singapur*. OMC Doc. WT/CTE/1, párr. 178.

⁸ Véase artículos 1, 2, y 23.1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias -en lo sucesivo ESD-, cuyo texto está reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay*. . ., *op. cit.*, pp. 420-450.

⁹ Esto es relevante ya que, como hemos mencionado en capítulos anteriores, la influencia normativa de los acuerdos de la OMC alcanza prácticamente cualquier reglamento que pueda tener un efecto en el comercio. J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2003, p. 20.

¹⁰ El Derecho internacional del medio ambiente no cuenta con una institución como la OMC que coordine, vigile e implemente los más de mil tratados que, de forma descentralizada y con variaciones en el número de partes, directa o indirectamente regulan el medio ambiente. F. Paolillo, "Fuentes y Evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 362; L. Sánchez de Munián, *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del Medio Ambiente [Aspectos Jurídicos]*, Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2000, p. 31.

¹¹ Siendo que es preferible evitar el daño ambiental antes que dejar surgir las diferencias, en el Derecho internacional del medio ambiente la solución de controversias por medios contenciosos tiene un carácter residual, siendo preferidos los mecanismos que buscan evitar las que surjan las diferencias, entre los que destacan particularmente los llamados "mecanismos de incumplimiento". A. Rodrigo, "Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales del medio ambiente", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2001, pp. 155-244; M. A. Fitzmaurice, "International Protection of the Environment", *Recueil des cours*, Vol. 293, 2001, p. 336; G. Loibl,

lo general, invitará a las consultas, negociación, seguidas de arbitraje y sólo si las partes están de acuerdo las diferencias serán sometidas a un tribunal internacional¹².

En suma, la competencia obligatoria y exclusiva del OSD para conocer de las diferencias de los acuerdos de la OMC le concede, en palabras de P. Zapatero, una *ventaja comparativa institucional* frente a las instancias judiciales de los AMUMA –ahí en donde existan- que atraerá a su jurisdicción todas las diferencias que puedan afectar algún aspecto regulado por las normas de la OMC¹³. Una cuestión a resolver por lo tanto es determinar qué papel dará el OSD a otras normas de Derecho internacional, como los AMUMA, en las diferencias que resuelva. Es aquí en donde para algunos autores radica la importancia de determinar si la OMC es “un régimen autónomo”, noción asociada con la posibilidad de considerar otras normas de Derecho internacional dentro de un régimen especializado¹⁴.

B) EL DEBATE SOBRE EL CARÁCTER DE “RÉGIMEN AUTÓNOMO” DE LA OMC

Las obligaciones de los Estados derivan de los tratados internacionales de los que son parte y del Derecho internacional general¹⁵. Los tratados obligan sólo a los

“Dispute Avoidance and Dispute Settlement in Environmental Law: Some Reflections on Recent Developments”, *Curso de Derecho Internacional*, Vol. XXIV, pp. 1-126; R. Wolfrum, “Means of Ensuring Compliance With and Enforcement of International Environmental Law”, *Recueil des cours*, Vol. 272, (1998), pp. 13-154; C. Chinkin, “Alternative Dispute Resolution under International Law”, en: M. Evans (ed.), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Oxford: Hart Publishing, 1996, pp. 124 -128.

¹² Para una análisis reciente de los conflictos en el Derecho internacional del medio ambiente véase W. Rüdiger y N. Matz *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin/London:Springer, 2003. Véase también E. Brown Weiss y J. Jackson, “Framework for Environment and Trade. . .”, *op. cit.*, pp. 11-13 y 20-21.

¹³ P. Zapatero, *Derecho del comercio global*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 470 y 471.

¹⁴ B. Simma, “Self-Contained Regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol 16, 1985, pp. 111-136; P. Zapatero, “Sistemas jurídicos especiales”, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. LVII, 2005, pp. 187-207. Como veremos más adelante, este concepto fue utilizado por primera vez por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) a través de la expresión en inglés “*self-contained régime*” o en francés “*régime se suffisant à lui-même*”. No existe una traducción única de estos términos al castellano y las referencias a los regímenes autónomos, regímenes auto-contenidos, regímenes independientes, se utilizan indistintamente por la doctrina al hablar de la misma figura. La falta de unidad conceptual es producto de que, a diferencia del inglés y el francés, el castellano no es uno de los idiomas oficiales de la CIJ.

¹⁵ Artículos 34 y 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –en lo sucesivo CVDT-, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980 (*BOE*, 13 de junio de 1980, No.142).

Estados que los aceptan y son parte de lo que la doctrina clasifica como Derecho internacional particular; mientras que el Derecho internacional general, compuesto de normas consuetudinarias y principios generales del derecho, es vinculante para todos los Estados¹⁶. No existe jerarquía entre los tratados internacionales y las normas de Derecho internacional consuetudinario, salvo la posible excepción *ius cogens*¹⁷; por el contrario, ambos tipos de normas tienen la misma fuerza vinculante¹⁸. Los Estados pueden, por lo tanto, celebrar un tratado desviándose o substituyendo (*contract out*) una norma de Derecho internacional general o convencional¹⁹. Existen, no obstante, al menos dos limitaciones: no pueden sustituir una norma imperativa (*ius cogens*) salvo con otra norma igualmente imperativa y no pueden afectar los derechos de terceros Estados sin su consentimiento²⁰. En cualquier caso, es preciso que pueda demostrarse que la desviación o sustitución ha sido la intención de las naciones negociadoras pues, aunque

¹⁶ *Idem*. La distinción entre Derecho internacional general –vinculante para todos los Estados de la Comunidad internacional– y el Derecho internacional particular –vinculante sólo para algunos Estados– tiene su origen en el artículo 30, 1, a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que distingue entre tratados generales y particulares. No obstante, para O. Casanovas y la Rosa, ya que se pueden establecer relaciones muy diversas a través de los tratados esta distinción peca de ser simplista. Sugiere como base conceptual para el análisis del Derecho internacional particular incorporar de la teoría de las relaciones internacionales la noción de regímenes internacionales, entendiéndose por éstos los acuerdos internacionales que aspiran a regular las acciones Estatales en un ámbito concreto. O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 94.

¹⁷ Son normas imperativas de Derecho Internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional que no admite acuerdo en contrario y sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Véase *Ibid*, artículo 53. También A. Levan, “Legal Nature of *Ius Cogens* in Contemporary International Law”, *Academie de Droit International Collected Courses*, 1981, Vol. III, pp. 227-269. H. Weiler y A. Paulus, “The Structure of Change in International law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 8, No. 4, 1997, pp. 545-566.

¹⁸ M. Akehurst, “The Hierarchy of Sources of International Law”, *The British Yearbook of International Law 1974-75*, p. 273.

¹⁹ E. Vranes, por ejemplo, sostiene que Merkl y Kelsen estaban en lo correcto al considerar que la autorización para derogar normas existentes de Derecho internacional debe estar positivamente estipulada. No obstante, observa que hoy en día esta autorización se encuentra implícita en la autorización de crear derecho, resultando inherente al principio fundamental de soberanía de los Estados. E. Vranes, “Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior- Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln”, *Heidelberg journal of international law*, Vol. 65, 2005, pp. 391-405.

²⁰ *Cfr.* artículos 41 y 53 de la CVDT (*BOE*, 13 de junio de 1980, No.142).

es excesivo considerar que se requiere una declaración expresa en ese sentido, existe una presunción en contra de la derogación del Derecho internacional²¹.

En los últimos años, sectores de la doctrina se han cuestionado hasta qué punto la libertad de los Estados para desviarse o sustituir ciertas normas del Derecho internacional puede llevar a su fragmentación²². En otras palabras, se cuestiona si es posible crear subsistemas totalmente impermeables a las normas del sistema general del Derecho internacional²³. La noción de los “regímenes autónomos” suele ser utilizada como base conceptual en este debate sobre la unidad del Derecho internacional²⁴. Este concepto, y el debate que le rodea, ha incidido en la apreciación de la relación entre la OMC y los AMUMA ya que algunos autores interpretan que la OMC es un régimen autónomo, lo que les lleva equivocadamente a concluir que en este contexto está excluida la posibilidad de considerar otras normas de Derecho internacional²⁵.

La expresión “regímenes autónomos” ha sido utilizada por la doctrina y la jurisprudencia internacional en tres sentido distintos: a) en el contexto de dos disposiciones parte de un tratado que regulan la misma materia con diferentes grados de especificidad²⁶; b) otorgando primacía a las normas secundarias²⁷ establecidas

²¹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56º período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), Asamblea General Documentos Oficiales 60º período de sesiones Suplemento N° 10 (A/59/10), Capítulo X *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional* (En lo sucesivo Informe de la CDI, *Fragmentación del Derecho internacional* AG Doc. N° 10 A/59/10), párr. 328.

²² B. Simma, “Self-Contained Regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol 16, 1985, pp. 111-136; AA. VV., *Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, N. 4, 1999, pp. 679-970; informe de la CDI, *Fragmentación del Derecho internacional*, AG Doc. N° 10 A/59/10.

²³ En palabras de O. Casanovas y la Rosa “la cuestión es si dichos regímenes internacionales constituyen ordenamientos jurídicos diferenciados y autónomos respecto del Derecho internacional general o bien son subsistemas normativos que se desarrollan en el marco general del ordenamiento jurídico internacional”. O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo . . .”, *op. cit.*, p. 103.

²⁴ Véase, por ejemplo, el volumen XXV (1994) de la publicación *Netherlands Yearbook of International Law* en donde se agrupan las investigaciones de diversos autores sobre los efectos de los regímenes autónomos en la unidad del Derecho internacional.

²⁵ J. Trachtman, “The Domain of the WTO Dispute Resolution”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 40, No. 2, Spring 1999, p. 342.

²⁶ La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ) en el asunto del Vapor “*Wimbledon*” (1923) sostuvo que las disposiciones del Tratado Paz de Versalles relativas al canal de Kiel, que es una vía navegable interior alemana, tenía el atributo de ser “*self-contained*” (en inglés) o “*se suffisent donc à elles-mêmes*” (en francés), ya que no era necesario suplementarlas o interpretarlas con la ayuda de otras

específicamente sobre las normas de Derecho internacional general sobre la responsabilidad internacional para el caso de incumplimiento de las normas de una rama especial del Derecho²⁸ y; c) para referirse a una rama del Derecho internacional dotada de ciertos principios, objetivos e instituciones específicas²⁹.

Para la Comisión de Derecho Internacional (CDI) los regímenes autónomos son una subespecie de *lex specialis* que se aplica con preferencia a otra norma general ya que refleja de forma más clara la intención de los Estados³⁰. En su opinión, el Derecho internacional general permanece subyacente tras los regímenes especiales. Incluso, afirma que si una norma de derecho especial se apartaba del derecho general éste no queda por ello excluido, sino que continua teniendo efecto "en un segundo plano", aportando la base normativa del subsistema, llenado sus vacíos legales y aplicándose

disposiciones en el mismo tratado que regulaban a las vías navegables interiores de Alemania de forma general. Para la CPJI si se aplicaran las normas generales sobre vías navegables interiores al canal de Kiel las disposiciones específicas dedicadas a éste en el tratado de Versalles perderían su "raison de être". Véase P.C.I.J., *S.S. Wimbledon*, Series A (1923), No. 1, p. 24.

²⁷ La división de los ordenamientos jurídicos en normas primarias y normas secundarias se debe al jurista inglés H. L. A. Hart. Las normas primarias establecen obligaciones de hacer o no hacer y las normas secundarias regulan a las normas primarias a través de normas de reconocimiento, normas de cambio y normas de adjudicación. Las normas secundarias de reconocimiento aportan los parámetros para identificar que una norma pertenece al sistema; las normas de cambio establecen los procedimientos por los que las normas primarias pueden ser modificadas, sustituidas o eliminadas, y; por último, las normas de adjudicación sirven para identificar cuándo una norma ha sido violada y el procedimiento que se debe seguir en consecuencia. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Calderon Press, 1961. Véase también K. C. Wellens, "Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXV, 1994, pp. 3-37.

²⁸ La Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo al *Personal Diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* calificó el Derecho diplomático de "self-contained régime" (en inglés) y de "régime se suffisant à lui-même" (en francés), por prever consecuencias específicas para la violación de sus normas sustantivas. En otras palabras, las normas de Derecho internacional general sobre responsabilidad no tendrían primacía sobre las disposiciones expresamente establecidas en el Derecho diplomático para el caso de incumplimiento de sus disposiciones. *C.I.J. Recueil 1980*, p. 40, párr. 86.

²⁹ La CDI ha concluido que la doctrina con frecuencia utiliza la expresión "régimen autónomo" refiriéndose a algunas "esferas completas" de especialización funcional u orientación teleológica en el sentido de estimar que se aplicaban normas y técnicas especiales de interpretación y administración (por ejemplo, una rama especial del Derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teleología, tal como la "normativa de los Derechos humanos", el "Derecho de la OMC", etc.). Informe de la CDI, *Fragmentación del Derecho internacional* AG Doc. N° 10 A/59/10, párr. 316.

³⁰ Es importante decir que el carácter especial de una norma no le concede primacía frente a otras normas generales ni las deroga de forma automática. Por un lado, la norma general podrá seguir siendo aplicable si la norma especial no deroga la general, sino que únicamente la desarrolla. Por otro lado, es posible que la *lex* general sea posterior a la especial, y ya que no existe una jerarquía entre los principios *lex especial deroga general* y el principio *lex posterior deroga a priori*, no es posible afirmar que en todos los casos la norma especial anterior prevalecerá sobre la norma general posterior. Véase *Ibid.*, párrs. 307, 313 y 327.

cuando las normas especiales no funcionen como es debido³¹. Así, ningún régimen autónomo puede considerarse herméticamente cerrado frente a otras normas de Derecho internacional³². El propio Órgano de Apelación reconoce que el Derecho internacional tiene un papel que desempeñar en las diferencias comerciales al decir que: “el GATT no debe leerse aislándolo clínicamente del Derecho internacional público”³³. Por lo tanto, determinar el papel del Derecho internacional en las diferencias resueltas en la OMC no depende de responder si es o no un régimen especial, sino de delimitar la jurisdicción substantiva de su OSD y los límites de su derecho aplicable³⁴. Para algunos autores el límite en ambos casos son los “acuerdos abarcados”.

II. EL DERECHO APLICABLE POR EL OSD DE LA OMC

A) LA TESIS DE LOS “ACUERDOS ABARCADOS” COMO LÍMITES DE LA COMPETENCIA SUBSTANTIVA Y DEL DERECHO APLICABLE DEL OSD DE LA OMC

Existe una diferencia entre la competencia substantiva de un órgano judicial y el derecho aplicable. La primera define las materias sobre las que el órgano judicial puede

³¹ Determinar que el sistema no ha sido operativo o efectivo es algo que, en opinión de la CDI, competará determinar a los Estados obligados por el régimen autónomo en cuestión. *Ibid.*, párr. 311.

³² Por esta razón, consideramos que la expresión “régimen autónomo” se presta a la confusión y porta un mensaje equivocado y convendría sustituirla por la expresión “régimen especial”.

³³ Informe del Órgano de Apelación asunto *Estados Unidos –Pautas para la gasolina*. . . , *op. cit.*, p. 17. Por su parte, el Entendimiento que rige la solución de diferencias en la OMC dispone que cuando sea necesario aclarar los términos de los acuerdos abarcados se deben aplicar las normas consuetudinarias de Derecho internacional público sobre la interpretación de los tratados. Véase el artículo 3.2 del ESD.

³⁴ Como hemos explicado antes, si se interpreta el concepto “régimen autónomo” como un sistema totalmente independiente del Derecho internacional, podemos decir que la OMC no lo es. Véase P. Kuyper, “The Law of the GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, Further Refinement or Self Contained Regime of International Law?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXV, 1994, p. 257. En esta línea J. Jackson ha dicho que la OMC no es un régimen herméticamente cerrado ya que, como demuestra la jurisprudencia del GATT/OMC, siempre ha incorporado conceptos del derecho internacional que constituyen el paraguas motivador del trabajo del OSD. J. Jackson, “Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization”, *Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, N. 4, 1999, p. 829. Por otro lado, si se interpreta el concepto “régimen autónomo” como un sistema dotado de normas especiales que habrán de ser aplicadas con preferencia al Derecho internacional sin excluir la posibilidad de que este último sea aplicado en aquellos aspectos en que el régimen autónomo no sea efectivo o no haya regulado una cuestión, entonces podemos decir que la OMC si tiene la calidad de régimen autónomo. Véase el informe de la CDI, *Fragmentación del Derecho internacional* AG Doc. Nº 10 A/59/10), párr. 316.

resolver y el segundo delimita las normas que puede aplicar para dar fundamento a su decisión³⁵. En la OMC la competencia substantiva del OSD se encuentra limitada a los acuerdos enumerados en su Apéndice 1 (denominados “acuerdos abarcados”)³⁶. El artículo 7.1 del *Entendimiento que rige la solución de diferencias* (ESD) establece que el mandato de los Grupos Especiales consistirá en examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos³⁷. Así, únicamente una vulneración de los “acuerdos abarcados” o la posible anulación de sus ventajas³⁸ pueden ser la base legal para iniciar un procedimiento ante el OSD de la OMC³⁹. Ahora bien, en algunos casos los acuerdos comerciales incorporan o hacen

³⁵ Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) hace una clara distinción entre la competencia substantiva de la Corte -todos los litigios que le sometan las partes (art. 36)- y el derecho aplicable -las formas de derecho mencionadas en el artículo 38-.

³⁶ Artículo 1.1 del ESD de la OMC. Entre los acuerdos del Apéndice 1 se encuentran el Acuerdo por el que se establece la OMC; el GATT, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). Por otro lado, el artículo 1.2 dispone que las normas y procedimientos del ESD se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen, entre otros, los Acuerdos sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC).

³⁷ El artículo 23 del ESD establece que para resolver cualquier diferencia relacionada con el incumplimiento, anulación o menoscabo de las ventajas de los acuerdos abarcados los miembros recurrirán al OSD de la OMC. Así, el OSD no sólo tiene jurisdicción sobre los “acuerdos abarcados”, sino que además tiene jurisdicción exclusiva para resolver las diferencias relacionadas a estos acuerdos D. P. Steger, “The Jurisdiction of the World Trade Organization”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 98, March 31-April 3, 2004, p. 142.

³⁸ El ESD de la OMC permite iniciar un procedimiento incluso sin que se alegue la violación de un acuerdo abarcado. *Cfr.* Artículos 3.1, 3.3 y 26 del ESD y el artículo XXIII del GATT. Sobre este tipo de procedimientos véase L. Hsu, “Non-violation Complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements”, *Journal of World Trade*, Vol. 35, N. 2, 2005, pp. 205-237; véase también E-U Petersmann, “Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law”, *German Year Book of International Law*, Vol. 34, 1991, pp. 175-229.

³⁹ Esto ha sido confirmado por el Órgano de Apelación en el asunto *CE – Productos avícolas* en donde Brasil, además de las violaciones a ciertas disposiciones del GATT, alegaba que las Comunidades Europeas habían violado el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas. Pese a que dicho acuerdo fue adoptado a raíz de una diferencia surgida en el contexto del GATT de 1947 y con autorización de las Partes contratantes como ajuste compensatorio en el marco del párrafo 2 del artículo XXVIII de este último acuerdo, el Órgano de Apelación dijo que el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas no era relevante en la diferencia por no ser un “acuerdo abarcado”. No obstante, el Órgano de Apelación sostuvo que el Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas (el acuerdo bilateral) en el caso concreto podía utilizarse como medio complementario de interpretación de la Lista LXXX con arreglo a lo establecido en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuanto es parte de los antecedentes históricos de las concesiones de las Comunidades Europeas. *Cfr.* el informe del Órgano de Apelación en

referencia a ciertas disposiciones del Derecho internacional. Si otras normas de Derecho internacional están incorporadas a los acuerdos abarcados quedan comprendidos dentro de la jurisdicción material del OSD⁴⁰. Las normas de Derecho internacional a las que hacen referencia las normas de la OMC, aunque no puedan hacerse cumplir como normas OMC por no estar incorporadas, pueden servir para definir o delimitar una obligación comercial⁴¹.

Algunos autores sostienen que el artículo 7.1 del ESD, al ordenar examinar la diferencia a la luz de las disposiciones de los acuerdos abarcados que hayan sido invocadas por las partes, no sólo deja fuera al Derecho internacional de la competencia substantiva del OSD, sino también de su derecho aplicable. Esta conclusión parece verse reforzada por otras disposiciones del ESD en donde se establece que: los miembros reconocen que el OSD sirve para preservar sus derechos y obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados; las resoluciones del OSD no pueden aumentar o disminuir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados; las resoluciones del OSD tendrán por objeto solucionar la diferencia de conformidad con los derechos y obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados⁴². En opinión de J. Trachtman resultaría extraño que, habiendo tantas referencias a los acuerdos abarcados como derecho aplicable en el OSD de la OMC, los miembros buscaran que otras normas

el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*. OMC Doc. WT/DS69/AB/R, 13 de julio de 1998, párrs. 79 y 83.

⁴⁰ Por ejemplo, el Acuerdo sobre los ADPIC, en sus artículos 2, 3, 9, 10, 16 y 19, incorpora una serie de obligaciones establecidas en acuerdos internacionales en materia de propiedad intelectual. El acuerdo puede consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay*. . . , *op. cit.*, pp. 381-419.

⁴¹ Por ejemplo, en una exención concedida a la Comunidad Europea se hizo referencia al Convenio Lomé, el Órgano de Apelación entonces dijo: “Señalamos que, dado que las PARTES CONTRATANTES del GATT han incluido en la exención relativa al Convenio de Lomé una referencia a dicho Convenio, la interpretación del Convenio de Lomé se ha convertido, al menos en esa medida, en una cuestión del GATT/OMC. Por consiguiente, no nos queda otra opción que examinar las disposiciones del Convenio de Lomé en la medida necesaria para interpretar la exención”. Informe del Órgano de Apelación asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, OMC Doc. WT/DS27/AB/R, de 9 de septiembre de 1997, párr. 167.

⁴² Véanse los artículos 3.2, 3.4 y 3.5 del ESD.

no-OMC fueran también derecho aplicable⁴³. En la misma línea P. Zapatero sostiene que los artículos anteriores delimitan el derecho aplicable en la OMC y dificultan la incorporación de otras normas no-OMC⁴⁴. G. Marceau afirma que tanto el derecho aplicable como la jurisdicción del OSD están definidas con referencia a los acuerdos abarcados, algo que puede ser interpretado como el establecimiento de un sistema con derecho aplicable específico; es decir, como una forma de *lex specialis* que debe ser aplicada frente a otras normas del Derecho internacional⁴⁵. Otros autores, por su parte, consideran que es incorrecto decir que el que el Derecho internacional no puede ser considerado derecho aplicable por el OSD de la OMC.

B) LA TESIS DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO POSIBLE DERECHO APLICABLE POR EL OSD DE LA OMC

Algunos autores afirman que el ESD no precisa en modo alguno cuál será el derecho aplicable y, por lo tanto, ninguna norma de Derecho internacional está *a priori* excluida de ser aplicable en la OMC⁴⁶. En este contexto, J. Pauwelyn afirma que sería equivocado interpretar la referencia explícita a los acuerdos abarcados en el artículo 7.1 del ESD como una exclusión implícita del Derecho internacional⁴⁷. Más aún, asevera que no es necesaria una confirmación expresa para que el Derecho internacional sea

⁴³ J. Trachtman, “The Domain of the WTO Dispute Resolution. . .”, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁴ P. Zapatero, *Derecho del comercio global . . .*, *op. cit.*, p.72.

⁴⁵ G. Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, September 2002, p. 767.

⁴⁶ L. Bartels, por ejemplo, refiriéndose al artículo 7.1 del ESD, dice que en ninguna parte puede leerse que esta disposición límite el derecho aplicable a los “acuerdos abarcados”. L. Bartels, “Applicable Law in the WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade*, Vol. 35, N. 3, June 2001, p. 505. Por su parte, J. Pauwelyn afirma que todas las referencias en el ESD sobre “acuerdos abarcados” hablan sobre la competencia substantiva del OSD y no del derecho aplicable. J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, *op. cit.*, p. 465. Otros autores llegan a conclusiones similares aunque con diversos argumentos. D. Palmeter y P. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 3, 1998, p. 399.

⁴⁷ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, *op. cit.*, p. 469.

aplicable en la OMC, toda vez que sigue estando en vigor para los Estados miembros, con excepción de las normas terminadas o suspendidas por los acuerdos abarcados⁴⁸.

Pese a que la afirmación de que el ESD no contiene ninguna disposición que regule el derecho aplicable parece abusar de que este texto no utiliza la palabra “aplicar”, como hace el Estatuto de la CIJ, y en su lugar únicamente ordena *examinar* la diferencia *a la luz* de las disposiciones de los acuerdos abarcados, la tesis de que el Derecho internacional es derecho aplicable en la OMC encuentra cierto apoyo en algunas decisiones del OSD. Por ejemplo, el Grupo Especial en el asunto *Corea-Contratación Pública* dijo que: “No creemos que haya fundamento alguno para aducir que los mandatos [artículo 7.1] tienen por objeto excluir toda referencia a las normas más amplias del Derecho internacional consuetudinario para analizar adecuadamente una reclamación sometida al Grupo Especial”⁴⁹. El hecho de que el Grupo Especial haya citado el artículo 7.1 que regula la competencia substantiva del OSD -y según algunas interpretaciones el derecho aplicable- y no el artículo 11 del ESD que habla de la función que cumple el Derecho internacional en la interpretación de los acuerdos abarcados, puede llevar a pensar que la costumbre internacional tiene cabida en las diferencias de la OMC no sólo como medio de interpretación de los acuerdos abarcados⁵⁰. Adicionalmente, un estudio de J. Cameron y K. R. Gray demuestra que, aunque no se mencionan en los acuerdos abarcados, algunos principios generales de Derecho internacional, como son la atribución de la carga de la prueba, el principio de

⁴⁸ *Ibid.* p. 465.

⁴⁹ *Cfr.* el informe del Grupo Especial *Corea - Medidas que afectan a la contratación pública*. OMC. Doc. WT/DS163/R de 1 de mayo de 2000, párr.7.101, nota al pie 755.

⁵⁰ De esta forma parece dar fundamento al argumento de J. Pauwelyn en el que sostiene que es equivocado interpretar la referencia explícita a ciertos tipos de normas (acuerdos abarcados) en el artículo 7.1 del ESD como una exclusión implícita de otras normas (Derecho internacional).

economía procesal, el derecho de acción y de representación, entre otros, han sido aplicados en las diferencias de la OMC⁵¹.

Ahora bien, ya que no hay jerarquía entre normas de Derecho internacional, salvo la posible excepción del *ius cogens*, se podría pensar que, al igual que los principios generales del derecho y la costumbre internacional, otras normas de Derecho internacional vinculantes para los Estados miembros, por ejemplo algunos AMUMA, puedan llegar a ser derecho aplicable por el OSD. J. Pauwelyn afirma que uno de los principales beneficios de considerar normas distintas de los acuerdos abarcados como derecho aplicable es que, en caso de conflicto, el OSD deberá determinar cuál es la norma que prevalece. De este modo, el OSD podría velar por el cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda*⁵². En otras palabras, evitaría que la OMC fuera utilizada por los Estados miembros para ignorar sus compromisos internacionales asumidos en otros foros fracturando así la unidad del Derecho internacional⁵³.

La obligación de analizar si existen otras normas aplicables se encuentra, en opinión de éste y otros autores, en el artículo 11 del ESD que ordena a los Grupos Especiales evaluar objetivamente *la aplicabilidad* de los acuerdos abarcados y la formulación de otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones

⁵¹ J. Cameron y K. R. Gray, "Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, April 2001, Part. 2, pp. 248-298. Aquí también cabe destacar que estas normas no fueron aplicadas con el objeto aclarar una disposiciones obscuras de los "acuerdos abarcados", sino en defecto de regulación expresa de los acuerdos OMC. Sirva de ejemplo el asunto *Estados Unidos – Camisas y Blusas* en donde el Órgano de Apelación, después de observar que el artículo 8.3 del ESD sirve para determinar a quién compete "refutar una acusación" pero no regula a quién compete a la carga de la prueba, sostiene que: ". . . es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el "common law" y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. . .". Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*. OMC Doc. WT/DS33/AB/R, 25 de Abril de 1997, Sección IV, p. 16.

⁵² Este principio codificado en el artículo 26 de la CVDT establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁵³ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*. . ., *op. cit.*, p. 38 y 475.

pertinentes⁵⁴. Aquí es importante precisar que únicamente se puede presentar un conflicto normativo que requiera una determinación sobre el derecho aplicable si dos tratados regulan la misma materia de forma incompatible, durante un mismo periodo de tiempo y tienen al menos una parte en común⁵⁵. Aunque no existen criterios claros para determinar cuándo dos acuerdos regulan la misma materia, parece lógico decir que si dos normas pueden entrar en conflicto es porque versan sobre la misma materia⁵⁶. El artículo 104 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contiene una cláusula de conflicto para el caso de que sus disposiciones sean incompatibles con las obligaciones específicas en materia comercial de diversos AMUMA⁵⁷. La existencia de esta cláusula demuestra que, en algunos casos, los AMUMA y las normas sobre comercio internacional, como son las de la OMC, pueden considerarse sobre la misma materia⁵⁸. Ahora bien, el hecho de que dos acuerdos coincidan en la materia, en el

⁵⁴ T. Schoenbaum interpreta el mandato otorgado por el artículo 11 a los Grupos Especiales de formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los “acuerdos abarcados” como una cláusula que les concede poderes implícitos de competencia para resolver todos los aspectos de una diferencia aunque el elemento determinante sea una norma de Derecho internacional que surge en relación con los “acuerdos abarcados”. T. Schoenbaum, “WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, part 3, July 1998, p. 653.

⁵⁵ En otras palabras, si dos acuerdos regulan materias diferentes o no están en vigor al mismo tiempo o no vinculan al menos a un Estado en común no se puede presentar un conflicto normativo y, obviamente, no hay necesidad de aplicar las normas sobre conflicto para determinar cuál prevalece. C. J. Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, *George Washington International Law Review*, Vol. 37, 2005, pp. 579-583.

⁵⁶ Cfr. I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Second Edition; Manchester: University Press, 1984, p. 93; véase también *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam: North-Holland, Vol. 7, 1981-1990, p. 468.

⁵⁷ En lo conducente el artículo 104 dispone: “. . . En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres [. . .]; el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono [. . .]; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación [. . .]; estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad . . .”.

⁵⁸ Apoyando la idea de que los AMUMA y las normas de la OMC en algunos casos regulan la misma materia véase R. Hudec, “GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures Against Foreign Environmental Practices”, en: J. Bhagwati y R. Hudec (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, Vol. II, Legal Analysis, Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 1996, p. 121; C. Wold, “Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?”, *Environmental Law*, Vol. 15, Fall 1996, p. 911. Para una posición contraria véase D. Esty, *Greening the GATT: Trade, Environment, and the Future*, Washington D.C.: International Institute for Economics, 1994, p. 219. Por otro lado, M. Melgar observa que el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica no regulan la misma materia, aunque ello no resta validez a la preocupación de que las meras divergencias entre estos acuerdos tenga por efecto que este último pierda gran parte de su

tiempo y al menos en una parte no necesariamente implica la existencia de un conflicto. Para que éste se presente es necesario que los dos acuerdos establezcan obligaciones no susceptibles de ser cumplidas por un mismo sujeto de forma simultánea⁵⁹.

En el supuesto de que exista un conflicto entre los acuerdos abarcados y un AMUMA considerado derecho aplicable, la *aplicabilidad* de los acuerdos abarcados se determinara con base en las reglas de conflicto del Derecho internacional general.

1. *La determinación del derecho aplicable basada en las reglas de conflicto del Derecho internacional general*

El respeto a la autonomía de la voluntad y el principios de *lex posterior* se encuentran incorporados al artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) que codifica algunas de las reglas sobre conflictos entre tratados sucesivos sobre la misma materia.

a) **El respeto de la autonomía de la voluntad de los Estados**

La primer regla de conflicto que contiene el artículo 30 de la CVDT es que cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último⁶⁰. Prevalece, por lo tanto, el acuerdo que las partes han

importancia. Cfr. M. Melgar, *Bioteología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 291 y 292.

⁵⁹ C. W. Jenks, "Conflict of Law-Making Treaties", *British Yearbook of International Law*, Vol. 30, 1953, p. 426; E. Roucouas, "Engagements parallèles et contradictoires", *Recueil des cours*, Vol. 206, 1987-VI, pp. 9-288; S. Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003. Esta interpretación de conflictos la han seguido algunos Grupos Especiales de la OMC. Cfr. informe del Grupo Especial en el asunto *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*. OMC Docs. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, del 2 de julio de 1998, párr. 14.28, nota al pie 649. Otros autores no están de acuerdo con esta definición estricta de los conflictos y abogan porque sea ampliada. J. Pauwelyn, por ejemplo, sostiene que dos normas están en relación de conflicto si una constituye, lleva o puede llevar, a la violación de la otra. J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*. . . , *op. cit.*, p. 175.

⁶⁰ Véase el artículo 30.2 de la CVDT.

indicado que debe prevalecer. Algunos AMUMA contienen disposiciones que aclaran su relación frente a otros tratados en caso de conflicto⁶¹. No es éste lugar para realizar un estudio de la variedad de este tipo de cláusulas de conflicto⁶², basta decir que serán válidas a menos que contradigan normas de *ius cogens*, violen Derecho de terceros o exista una expresión de voluntad posterior y distinta a la de la cláusula de conflicto⁶³.

Los “acuerdos abarcados”, por su parte, no contienen disposiciones que aclaren su relación frente a los AMUMA. Sin embargo, algunos autores sostienen que del ESD se desprende una cláusula de conflicto que los hace prevalecer frente a otras normas de Derecho internacional. L. Bartels asegura que la aplicación de otras normas no-OMC está limitada por los artículos 3.2 y 19.2 del ESD que prohíben que a través de sus recomendaciones el OSD aumente o disminuya de los derechos y obligaciones de los “acuerdos abarcados”⁶⁴. Para este autor, esto equivale a una cláusula de conflicto que hace prevalecer a los “acuerdos abarcados” frente a otras normas de Derecho internacional, aunque reconoce que dichas normas no son una cláusula de conflicto “normal” ya que no disponen expresamente que los “acuerdos abarcados” prevalecen, sin embargo, considera que comparten con las cláusulas de conflicto tradicionales el propósito de asegurar que ciertas normas prevalezcan sobre otras en caso de conflicto⁶⁵.

⁶¹ Por ejemplo, el artículo 22.1 del Convenio sobre la Diversidad Biológica establece que: “Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones puedan causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro”(BOE, 1º de febrero de 1994, No. 27).

⁶² Para un análisis de las diversas clases de cláusulas de conflicto previstas en algunos AMUMA véase P. Zapatero, *Derecho del comercio global . . .*, op. cit., p. 325 y ss.; también J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, op. cit., p. 327 y ss.

⁶³ Cfr. Artículos 30.1; 34; 41, b). 1; 59 de la CVDT. Conviene decir que en ocasiones los términos utilizados en las cláusulas de conflicto son demasiado vagos y hasta contradictorios dificultando su aplicación. Un ejemplo paradigmático es el del Protocolo de Cartagena que contiene una ambigua cláusula de conflicto en la que reconoce que sus disposiciones no podrán interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor. Así mismo dispone que el párrafo anterior no tiene por objeto subordinar el Protocolo a otros acuerdos internacionales. La ambigüedad de esta cláusula de conflicto es tal que no permite saber a ciencia cierta cuál es la relación del Protocolo frente a otros acuerdos internacionales en vigor.

⁶⁴ L. Bartels, “Applicable Law in the WTO . . .”, op. cit., p. 507.

⁶⁵ *Idem*.

Los artículos 3.2 y 19.2 del ESD no son una cláusula de conflicto, ni siquiera una que no es “normal” como sostiene L. Bartels. El artículo 19.2 establece que se aplicará de conformidad a lo dispuesto por el artículo 3.2, el cual, después precisar que el OSD sirve para *aclarar* las disposiciones de los acuerdos abarcados conforme a las normas usuales de interpretación del Derecho internacional publico, dispone que sus recomendaciones no podrán aumentar o disminuir los derechos de los miembros de conformidad a los acuerdos abarcados⁶⁶. La función de interpretación consiste en aclarar el sentido de términos oscuros o vagos. En algunos casos, la vaguedad de los términos aporta cierta flexibilidad que puede –y debe– ser aprovechada para evitar un conflicto *potencial* con otras normas de derecho a través de una interpretación armoniosa de las normas en cuestión⁶⁷. No obstante, no está permitido en ningún caso introducir términos ajenos al texto que se interpreta pues podría tener como resultado la modificación de las obligaciones y derechos establecidos por las partes. Este es el sentido de la prohibición de los artículos 3.2 y 19.2 del ESD⁶⁸. Así, estas disposiciones se relacionan con la labor de interpretación y no con las cláusulas de conflicto.

Ahora bien, si los tratados no prevén una solución se deberá recurrir a otras normas del Derecho internacional general sobre conflictos normativos, como el principio de *lex posterior derogat priori*⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. Artículos 3.2. y 19.1 del ESD.

⁶⁷ Los conflictos potenciales son aquellos que se presentan entre obligaciones que admiten tanto una interpretación armoniosa como una interpretación que imposibilita el cumplimiento simultáneo de ambas. Si se elige la primera interpretación no habrá conflicto, pero lo habrá si se elige la segunda.

⁶⁸ Esta interpretación encuentra apoyo en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *India – Productos farmacéuticos y químicos* en donde, después manifestar su rechazo a ciertas interpretaciones del Grupo Especial, sostiene que tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación deben guiarse por las normas de interpretación de los tratados establecidos en la Convención de Viena y no deben aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones previstos en el Acuerdo sobre la OMC como lo exigen los artículos 3.2 y 19 del ESD. Informe del Órgano de Apelación en el asunto *India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*. OMC. Doc. WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997, párrs. 45-47.

⁶⁹ Véase O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo . . .”, *op. cit.*, p. 103; E. De la Guardia: *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1997, pp. 206 y 207.

b) El principio *lex posterior derogat priori*

La segunda regla de solución de conflictos codificada por el artículo 30 de la CVDT es el principio de *lex posterior*. Esta disposición establece que, cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior⁷⁰. En otras palabras, el tratado posterior prevalece y el anterior sólo será aplicado en la medida en que no sea incompatible con el posterior.

Ahora bien, ya que la aplicación del artículo 30 se limita a los tratados *sucesivos* sobre la misma materia, el principio de *lex posterior* puede presentar algunos problemas de aplicación en los conflictos entre las normas de la OMC y los AMUMA. Antes ya mencionamos que los AMUMA y las normas de la OMC pueden versar sobre la misma materia, ahora nos ocuparemos brevemente de examinar la cuestión de si pueden o no considerarse “sucesivos”. Para determinar si dos tratados son “sucesivos” -noción asociada al hecho de que hayan sido adoptados en dos momentos de tiempo distintos- lo que cuenta es el día de adopción o conclusión del tratado, no la fecha de ratificación o entrada en vigor⁷¹. Como sostiene J. Borgen, la cuestión es determinar cuándo un Estado se vincula legalmente a un acuerdo⁷². Los AMUMA y los acuerdos de la OMC no pueden ser fácilmente encasillados en una fecha de tiempo determinada ya que, aunque son concluidos en una fecha concreta, pueden recibir adhesiones de otros Estados en fechas posteriores. Para estos Estados la fecha de adhesión será considerada el momento en el que quedaron vinculados al acuerdo. Así, puede presentarse el caso de que un miembro original de la OMC (1994) se adhiera a un AMUMA en una fecha posterior, digamos en el 2000, y un Estado parte en un AMUMA adoptado antes de 1994 se adhiera a la OMC en el 2003. De este modo, para el miembro original de la

⁷⁰ Artículo 30.3 de la CVDT.

⁷¹ C. J. Borgen, “Resolving Treaty Conflicts. . .”, *op. cit.*, p. 602.

⁷² *Ibid.*, p. 604.

OMC el tratado posterior será el AMUMA, pero para el Estado Parte en el AMUMA adoptado con anterioridad a la OMC el acuerdo posterior será el Acuerdo de la OMC. Ante ante un conflicto de esta naturaleza un juzgador puede decidir que el artículo 30 no es aplicable al no ser los tratados “sucesivos” o bien considerar como fecha de adopción el momento en que el consentimiento de las partes converja⁷³.

Ahora bien, la CVDT en su artículo 30.4 contiene disposiciones en materia de conflictos normativos para los casos en que las partes en un tratado anterior no sean todas ellas partes en un tratado posterior. Esta disposición se aplica sin perjuicio de las normas que regulan la modificación de acuerdos *inter se* del artículo 41.

c) Las normas sobre conflictos normativos entre tratados con distintas partes contratantes y sobre modificaciones *inter se* de obligaciones convencionales

El párrafo 4 del artículo 30 del CVDT regula los conflictos normativos entre un acuerdo anterior y otro posterior que no tienen las mismas partes contratantes. En la aplicación de esta disposición hay que tener en cuenta que, el hecho de que dos acuerdos no tengan exactamente las mismas partes contratantes no quiere decir que no coincidan en vincular a dos o más Estados, simplemente quiere decir que uno o más Estados no están vinculados a ambos acuerdos. Para las relaciones entre los Estados que están vinculados a los dos acuerdos el principio de *lex posterior* regirá sus relaciones, es decir, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Para las relaciones entre un Estado que

⁷³ En el ejemplo el AMUMA sería anterior porque en el 2000 los dos Estados estaban vinculados a este acuerdo y el Acuerdo sobre la OMC sería el posterior porque la adhesión del segundo Estado tuvo lugar en el 2003.

sea parte en ambos acuerdos y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos será aplicable el acuerdo en el que los dos Estados sean partes.⁷⁴

Las reglas anteriores se aplican sin perjuicio de las disposiciones sobre modificación de acuerdos *inter se* previstas en el artículo 41. Esta disposición permite que dos o más partes en un tratado multilateral celebren un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas, siempre y cuando la posibilidad de tal modificación no esté prohibida por el tratado, no se afecten los derechos de las demás partes en el tratado y que la modificación no sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto⁷⁵.

Algunos autores sostienen que los “acuerdos abarcados” pueden sufrir modificaciones *inter se* en los términos del artículo 41 del CVDT y, por lo tanto, deberán ser tomados en cuenta a la hora de evaluar la aplicabilidad de los “acuerdos abarcados”⁷⁶. Esta modificación, por ejemplo, se podría traducir en considerar justificables las medidas comerciales adoptadas para lograr los objetivos del AMUMA entre los miembros de la OMC vinculados al acuerdo ambiental⁷⁷. Si se acepta que otras normas distintas de los “acuerdos abarcados” pueden ser derecho aplicable en la OMC, el artículo 41 no es un obstáculo para las modificaciones de obligaciones en el sentido expuesto. EL GATT no contiene disposiciones que prohíban la firma de acuerdos *inter se*. Por otro lado, los acuerdos *inter se* difícilmente pueden afectar el goce de los

⁷⁴ Cfr. El párrafo 4, incisos a) y b) del artículo 30 de la CVDT. Véase también R. D. Kearney y R. E. Dalton, “The Treaty on Treaties”, *American Journal of International Law*, Vol. 64, N.3, 1970, p. 517.

⁷⁵ Véase artículo 41 de la CVDT. El segundo párrafo del artículo anterior dispone adicionalmente que, salvo que de que estén previstas en el acuerdo, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga. No obstante, a diferencia de las primaras dos limitaciones del primer párrafo, no está claro que la exigencia de notificación sea parte del Derecho internacional consuetudinario.

⁷⁶ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, op. cit., p. 320; A. Tancredo, “EC Practice in the WTO: How Wide is the ‘Scope for Manoeuvre’?”, *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 5, 2004, p. 960.

⁷⁷ Para que una modificación de este tipo surta plenos efectos no es necesario que expresamente las partes hayan dispuesto que se proponían modificar un tratado anterior o que el acuerdo modificador se adopte en el mismo foro institucional que el acuerdo modificado, es suficiente que del texto se advierta que realizar una modificación es la intención de las partes y se cumplan las condiciones del artículo 41 del CVDT.

derechos de terceros Estados ya que únicamente modifican las relaciones entre los países firmantes⁷⁸. Por último, las obligaciones contenidas en los acuerdos de la OMC generalmente pueden reducirse a obligaciones recíprocas⁷⁹. A diferencia de las obligaciones integrales cuyo incumplimiento perjudica a todos los países que sean partes en el acuerdo, como sucede en los tratados sobre Derechos Humanos y en los AMUMA, las obligaciones recíprocas prevén un intercambio de prestaciones de forma que el incumplimiento de una parte afecta sólo a la parte con la que se encuentre en relación de reciprocidad⁸⁰. De este modo, es difícil que los supuestos antes mencionados constituyan alguna modificación incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado de la OMC en su conjunto.⁸¹

Existen, no obstante, autores que sostienen que el acuerdo por el que se establece la OMC contiene normas precisas sobre enmiendas y exenciones de los acuerdos abarcados que inhabilitan la aplicación del artículo 41⁸². Estos autores parecen no distinguir entre una modificación *inter se* y las enmiendas. Las primeras no cambian el texto del acuerdo modificado y no son oponibles a aquellas partes no vinculadas al acuerdo modificador. Mientras que las enmiendas son modificaciones del texto del acuerdo oponible a todas las partes. El acuerdo por el que se establece la OMC regula

⁷⁸ Algunos autores sostienen que las modificaciones *inter se* en el sentido expuesto violan los derechos que otros miembros de la OMC tienen por virtud de la cláusula de la nación más favorecida. G. Marceau, "WTO Dispute Settlement . . .", *op. cit.*, p. 772. Sin embargo, las modificaciones *inter se* no implican un cambio textual en las listas de compromisos de los miembros y ya que los acuerdos *inter se* no son oponibles a terceros no se puede decir que las ventajas comerciales habrán disminuido.

⁷⁹ J. Pauwelyn, "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?", *European Journal of International Law*, Vol. 14, N. 5, 2003, p. 928; E. Petersmann: "The WTO Constitution and the Millennium Round", en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 123.

⁸⁰ O. Casanovas: "Unidad y Pluralismo. . .", *op. cit.*, p. 106.

⁸¹ J. Pauwelyn: "The Role of Public International Law in the WTO. . .", *op. cit.*, p. 549.

⁸² R. B. Bilder, "Book Review: Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law. By Joost Pauwelyn", *American Journal of International Law*, Vol. 98, October 2004, p. 859.

las enmiendas y las exenciones, pero guarda silencio sobre las modificaciones *inter se*, por lo tanto, el artículo 41 del CVDT sigue siendo aplicable⁸³.

Ahora bien, el artículo 30 del CVDT no aporta soluciones a todos los conflictos normativos. Por ejemplo, no regula los conflictos en donde un Estado A vinculado por un acuerdo a otro Estado B (acuerdo A-B) viola en un segundo acuerdo que lo vincula frente un tercer Estado C (acuerdo A-C). Si bien es verdad las normas sobre responsabilidad de los Estados en este punto tendrían aplicación, siendo A responsable ante C si decide cumplir el acuerdo A-B o, ante B, si decide cumplir con el acuerdo A-C, también es verdad que las normas de conflicto del artículo 30 no permiten determinar qué acuerdo prevalece. Por lo tanto, en algunos casos, la solución de conflictos puede depender de otros principios no codificados en el artículo 30 de la CVDT.

d) El principio *lex specialis*

Un principio de solución de conflictos ampliamente aceptado que no está codificado en la CVDT y que es utilizado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el OSD de la OMC es el principio de *specialia generalibus derogat* (la ley especial deroga a la general)⁸⁴. Este principio también hace prevalecer la autonomía de la voluntad ya que se basa en la idea de que la norma especial refleja de forma más fiel y precisa el consentimiento o la manifestación de voluntad de los Estados. La relación

⁸³ Las normas que regulan las enmiendas de los “acuerdos abarcados” se encuentran en el artículo X del Acuerdo por el que se establece la OMC. Por su parte, las normas sobre exenciones se encuentran reguladas por el artículo XI.

⁸⁴ Véase el caso *Gabcikovo-Nagymaros*. ICJ, *Recueil* 1997, parr. 132. C. J. Borgen, “Resolving Treaty Conflicts”, *George Washington International Law Review*, Vol. 37, 2005, pp. 573-648; O. Casanovas: “Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 103; E. De la Guardia: *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1997, pp 206 y 207. Es importante decir que el Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional de 2001 codifica el principio de *lex specialis* de aplicación en un supuesto concreto. En su artículo 55 concede primacía en caso de conflicto a otras normas secundarias sobre responsabilidad que sean especiales. Véase Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, chp.IV.E.1.

entre el principio de *lex specialis* y *lex posterior* hasta ahora no ha sido claramente definida⁸⁵. No está claro, por ejemplo, si una norma especial anterior prevalece sobre una norma general posterior⁸⁶. Algo que parece claro es que entre los principios *lex posterior derogat priori* y *specialia generalibus derogat* no hay ninguna jerarquía; es decir, no hay orden de preferencia para aplicar estos principios⁸⁷. Sin embargo, para algunos autores, ya que el principio de *lex specialis* aún no ha sido reconocido como norma de Derecho internacional consuetudinario y, a diferencia del principio *lex posterior*, no se incluye en la CVDT, las normas del artículo 30 deberían tener preferencia de aplicación y sólo en caso de que no aporten una solución; por ejemplo, para los conflictos entre tratados que es difícil clasificar como “sucesivos”, el principio de *lex specialis* debería ser utilizado⁸⁸. En ese sentido es interesante observar que para algunos autores los AMUMA son *lex specialis* frente a las normas de la OMC. El artículo 104 del TLCAN que ya hemos mencionado parece apoyar esta conclusión⁸⁹.

Ahora bien, A. Lindroos sostiene que este principio puede funcionar en conflictos normativos *dentro* de un régimen, por ejemplo, entre normas de la OMC, pero su aplicación puede resultar más problemática en los conflictos *entre* regímenes,

⁸⁵ Es posible que el estudio que actualmente realiza la CDI sobre "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)" arroje algo de luz sobre estas cuestiones. Para un estudio preliminar sobre la materia preparado por M. Koskeniemi véase el documento de la CDI ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 y Add.1

⁸⁶ La situación es distinta en los casos de conflictos entre una ley especial posterior y una ley general anterior ya que la solución aportada por los dos principios es la misma, bien se podría decir que la norma prevalece por ser especial o bien por ser posterior. Sin embargo, en ningún caso se podría saber cuál es el principio que da fundamento a este resultado.

⁸⁷ E. Vranes, "Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior . . .", *op. cit.*, p. 405.

⁸⁸ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, *op. cit.*, p. 407.

⁸⁹ El artículo 104 del TLCAN dispone en lo conducente: ". . . En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones *específicas* en materia comercial contenidas en: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. . .". (sin cursivas en el original). Más aún la posibilidad de que los AMUMA sean ley especial frente a las normas de la OMC despeja cualquier duda sobre la cuestión de si estos acuerdos versan sobre la misma materia.

por ejemplo, entre las normas de la OMC y las de un AMUMA⁹⁰. En su opinión, ya que las relaciones entre los distintos tipos de “fuentes” de Derecho internacional no están claramente definidas, es difícil concluir que dos o más Estados han consentido obligarse y hacer primar una norma supuestamente especial sobre otra supuestamente más general si no han sido adoptadas dentro de un mismo régimen⁹¹. Sin embargo, aunque la aplicación del principio *lex specialis* sea más fácil en los conflictos entre normas dentro de un mismo régimen cuando su la relación se encuentra claramente definida, nada impide que dos Estados puedan acordar que una norma especial sea aplicable a otra norma más general perteneciente a otro régimen, independientemente de las dificultades que existan, por ejemplo, para determina cuál de las dos normas es la especial.

2. *Consecuencias y limitaciones de considerar como derecho aplicable en la OMC a normas distintas de los “Acuerdos Abarcados”*

En virtud de que el artículo 7.1 del ESD limita la competencia substantiva a los acuerdos abarcados, los defensores de la tesis de que el Derecho internacional (no-OMC) es derecho aplicable aclaran que el OSD podrá considerar dichas normas sólo en la medida en que sean parte de los argumentos de la parte demandada y sean necesarios para determinar la aplicabilidad de los acuerdos abarcados o para ayudar a solucionar la diferencia⁹². En esta línea de ideas, los acuerdos abarcados no se podrán aplicar si tras analizar la relación de éstos frente a otras normas de Derecho internacional con base en las reglas sobre conflictos normativos se concluye que no son aplicables. Esto, en opinión de J. Pauwelyn, no quiere decir que los Grupos Especiales van a hacer cumplir normas internacionales distintas de los acuerdos abarcados o que disminuirán los

⁹⁰ A. Lidroos, “Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, 2005, p. 44.

⁹¹ *Ibid.*, p. 40.

⁹² J. Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 3, July 2001, p. 569.

derechos de la parte demandante en contra de los que disponen los artículos 3.2 y 19.2 del ESD⁹³. En su opinión, si otras normas prevalecen frente a las obligaciones OMC y en algún grado hay disminución de derechos, será porque el país miembro -y no el Grupo Especial- voluntariamente así la ha decidido celebrando un tratado internacional que impide la aplicación de los acuerdos abarcados⁹⁴. Los Grupos Especiales no podrán exigir el cumplimiento de otras normas ya que la competencia substantiva de la OMC está limitada a los acuerdos abarcados. La única consecuencia sería pues que si otras normas de Derecho internacional invocadas como defensa prevalecen frente a los acuerdos abarcados el OSD no podrá aplicar estos últimos y el demandante perdería⁹⁵.

Pese a que los razonamientos anteriores tienen la virtud de aportar un marco de estudio que preconiza la unidad del Derecho internacional y el respeto de los principios *pacta sunt servanda* y *pacta tertiis*, lo cierto es que, en el mejor de los casos, se aplicarán de forma excepcional, al menos en el contexto de las diferencias que involucren a los regímenes comercial y ambiental⁹⁶. Esto se debe a que es poco probable que se presente un conflicto normativo entre un AMUMA y las normas de la OMC. En virtud del principio de buena fe existe en el Derecho internacional una presunción en contra de los conflictos normativos, por lo tanto, siempre que dos disposiciones en conflicto potencial puedan ser interpretadas de forma compatible o armoniosa esta interpretación debe prevalecer⁹⁷. Sólo cuando los acuerdos no permitan

⁹³ Los artículos 3.2 y 19.2 establecen que las recomendaciones y resoluciones del OSD o las constataciones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los “acuerdos abarcados” el OSD.

⁹⁴ J. Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO. . .”, *op. cit.*, p. 569.

⁹⁵ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, *op. cit.*, pp. 473 y 474.

⁹⁶ El propio J. Pauwelyn lo ha reconocido así al decir: “. . .in most cases WTO law and other international norms will provide sufficient exceptions and ambiguity so that the two sets of norms can be *interpreted* in a harmonious manner (relying, for example, on GATT Article XX exceptions when it comes to environmental agreements), such leeway may not exist in other, exceptional circumstances and the two norms may conflict, raising the need for a decision on which norm prevails. . .”. J. Pauwelyn, “A Typology of Multilateral Treaty Obligations. . .”, *op. cit.*, p. 946.

⁹⁷ M. Akehurst, “The Hierarchy of Sources of International Law. . .”, *op. cit.*, p. 275. Véase también el informe del Grupo Especial en el asunto *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria*

tal interpretación es posible que se presente un conflicto⁹⁸. Aunque diversas normas de los acuerdos que administra la OMC limitan la libertad de los miembros para aplicar restricciones comerciales, las medidas comerciales destinadas a proteger el medio ambiente tienen, al menos en teoría, cabida en el marco de la OMC a través de las excepciones ambientales del GATT y del AGCS y de algunas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC⁹⁹. Por su parte, los AMUMA que prevén el uso de medidas comerciales en muchos casos disponen que éstas no deben constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificado o una restricción encubierta al comercio internacional, términos utilizados en el artículo XX del GATT¹⁰⁰. Así, las normas de la OMC y los AMUMA generalmente admiten una interpretación armoniosa lo que permitirá evitar al OSD de la OMC aplicar las normas de conflicto¹⁰¹. Tal vez por esta razón J. Pauwelyn defiende una definición amplia de “conflicto normativo” en donde no sólo las disposiciones directamente contradictorias quedarían comprendidas sino también las disposiciones que potencialmente pueden dar lugar a la violación de otras normas¹⁰². No obstante, aun si se acepta una definición amplia de los “conflictos” hay que decir que, considerar que las normas no-OMC pueden ser aplicadas por el OSD no aportaría ninguna solución a uno de los aspectos de la relación OMC-AMUMA con mayor potencial de dar lugar a diferencias: las controversias en donde el miembro(s) de

del automóvil. OMC Docs. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, del 2 de julio de 1998, párr. 14.28, nota al pie 649.

⁹⁸ S. Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

⁹⁹ Véase para tal efecto el capítulo VI.

¹⁰⁰ Por ejemplo, el artículo 3.5 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático dispone: “. . . Las medidas adoptadas para combatir el cambio climático, incluidas las unilaterales, no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional . . .” (BOE, 01 de febrero de 1994, No. 27).

¹⁰¹ Ahora bien, esto no quiere decir que el OSD hará cumplir las normas de los AMUMA, sino que únicamente, partiendo de la base de que no existe una contradicción directa entre las normas de la OMC y los AMUMA, podría concluir que no hay porque aplicar las normas de conflicto

¹⁰² J. Pauwelyn dice hay un conflicto entre normas si una constituye, lleva o puede llevar, a la violación de la otra. J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*. . . , *op. cit.*, pp. 175-176

la OMC demandante(s) no está vinculado al AMUMA con el que el miembro(s) demandado(s) pretende justificar la medida comercial fuente de la diferencia¹⁰³.

En los casos en que las normas distintas de los acuerdos abarcados no sean consideradas derecho aplicable en la OMC, en las diferencias en donde únicamente una de las partes esté vinculada a la norma no OMC -por ejemplo un AMUMA-, o bien, cuando no exista un conflicto normativo, sino únicamente un conflicto potencial, las normas de Derecho internacional aún podrán tener cierta influencia en las diferencias de la OMC por vía de las reglas generales sobre interpretación de los tratados.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS “ACUERDOS ABARCADOS”.

El ESD dispone que cuando sea necesario aclarar los términos de los acuerdos abarcados cuyo sentido sea oscuro o vago se deben aplicar las normas consuetudinarias de Derecho internacional público sobre la interpretación de los tratados¹⁰⁴. Esta disposición puede prestar un gran servicio al objetivo del desarrollo sostenible, toda vez que el contenido de algunos de los términos de los acuerdos abarcados con mayor potencial de generar interacciones negativas con los AMUMA aún no han sido claramente definidos y, por lo tanto, podrían ser interpretadas con el fin de lograr un apoyo mutuo entre estos regímenes. Este es el caso de los artículos XX del GATT y XIV del AGCS, en donde el contenido de las exigencias del preámbulo y de las excepciones ambientales son todo menos claros¹⁰⁵. Las excepciones sobre patentabilidad del artículos 27.2 y 27.3.b) del Acuerdo sobre los ADPIC también

¹⁰³ El CCMA de la OMC reconoce que en los casos en que las partes en un AMUMA haya consenso para aplicar entre sí medidas comerciales expresamente impuestas, es poco probable que se planteen en la OMC diferencias entre ellas por el recurso a esas medidas (WT/CTE/1, párr. 174, iv).

¹⁰⁴ Véase el artículo 3.2 del ESD.

¹⁰⁵ J. Jackson, uno de los expertos en Derecho de la OMC más reconocidos, ha observado que los términos “discriminación arbitraria e injustificable” y “restricción encubierta” son tan nebulosos que hacen prácticamente imposible definir su contenido. J. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis: Bobbs-Merril, 1969, p. 744.

adolecen de falta de definición lo que ha generado mucha controversia¹⁰⁶. En la misma situación de imprecisión se encuentra el objetivo del “desarrollo sostenible” del preámbulo del acuerdo por el que se establece la OMC¹⁰⁷.

La forma en que las disposiciones anteriores sean interpretadas afectará inexorablemente la relación entre la OMC y los AMUMA, al igual que el objetivo del desarrollo sostenible. Es aquí en donde las normas consuetudinarias de Derecho internacional público sobre la interpretación de los tratados pueden jugar un papel importante. El artículo 3.2 del ESD no hace referencia expresa a la CVDT, al parecer como consecuencia de que los Estados Unidos no son parte y las Comunidades Europeas no pueden serlo; sin embargo, el Órgano de Apelación de la OMC ha dicho que las normas consuetudinarias de interpretación incluirían el artículo 31 de la CVDT¹⁰⁸ y algunas ocasiones ha hecho referencia también al artículo 32¹⁰⁹.

A) LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LOS “ACUERDOS ABARCADOS”

La primera regla de interpretación, contenida en el artículo 31.1 de la CVDT, es que un acuerdo internacional debe ser interpretado según el sentido ordinario de sus

¹⁰⁶ M. Melgar, *Las relaciones entre los regímenes de la biodiversidad y la propiedad intelectual*. . . *op. cit.* p. 49; M. Khor, *El saqueo del conocimiento: propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible*, España: Editorial Icaria – Intermón Oxfam, 2003, p. 72.

¹⁰⁷ Algunos autores han observado que para dotar de contenido al concepto *desarrollo sostenible* es necesario tener en cuenta los principios de Derecho internacional del medio ambiente y los acuerdos multilaterales de protección ambiental. Véase G. Marceau, “A Call for Coherence in International Law: Praises for Prohibition Against “Clinical Isolation” in the WTO Dispute Settlement”, *Journal of World Trade*, Vol. 33, No.5, October 1999, pp. 107-109; T. Schoenbaum, “The Decision in the Shrimp-Turtle Case”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1998, Vol. 9, pp. 37 y 38. El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de camarón* ha dicho que el compromiso con el objetivo de *desarrollo sostenible* que figura en el preámbulo del Acuerdo con el que se crea la OMC, debe dar color, consistencia y matiz a la interpretación de los Acuerdos anexos al Acuerdo sobre la OMC. Informe del Órgano de Apelación OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 153.

¹⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, p. 17.

¹⁰⁹ El artículo 32, que contiene normas de interpretación de carácter complementario, únicamente se aplica para confirmar una interpretación lograda tras aplicar las reglas básicas de interpretación del artículo 31, o bien, cuando el artículo 31 no aclare los términos interpretados o no lo haga satisfactoriamente. Véase informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún de 1994* GATT Doc. DS29/ (Informe no adoptado), párr. 5.20.

términos, tomando en cuenta su contexto, objeto y fin¹¹⁰. El Órgano de Apelación prácticamente obliga a realizar una interpretación teleológica de los “acuerdos abarcados” con base en el “objeto” y “fin” del tratado al sostener que el objetivo del desarrollo sostenible del preámbulo del acuerdo de la OMC debe dar color, consistencia y matiz a sus interpretaciones¹¹¹.

Aunque no siempre es sencillo determinar cuáles son las acciones concretas que se requieren para lograr el objetivo del desarrollo sostenible, no hay duda de que este concepto busca lograr compatibilizar las necesidades sociales de desarrollo, las necesidades económicas de crecimiento y las necesidades ambientales de preservación del medio para las generaciones futuras¹¹². Es claro pues, que alcanzar el apoyo mutuo entre el régimen del comercio internacional y los AMUMA como lo exige el objetivo del desarrollo sostenible actualmente depende, al menos en parte, de que las disposiciones ambientales de los “acuerdos abarcados” sirvan, por un lado, para ilegitimar las medidas proteccionistas que limitan el crecimiento económico y el desarrollo y, por otro lado, se constituyan a la vez en un puerto seguro para las medidas ambientales no proteccionistas¹¹³. Una interpretación contraria al objetivo del desarrollo sostenible sería, por ejemplo, aquella que limitara excesivamente el recurso a las excepciones ambientales del artículo XX del GATT de modo que impidan la adopción de medidas no proteccionistas destinadas a lograr los objetivos de los AMUMA. Por el contrario, una interpretación sostenible de esta disposición debería llevar a concluir que las medidas adoptadas para lograr los objetivos de un AMUMA no son arbitrarias o

¹¹⁰ Así lo ha confirmado la CIJ en el *Asunto del templo de Préh Vihear*. Véase CIJ, *Recueil 1961*, p. 32.

¹¹¹ Véase informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de camarón*. OMC Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párr. 153.

¹¹² Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, Madrid: Alianza Editorial S.A., 1992, p. 29.

¹¹³ Véase *Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, Tomo II, Madrid: MOPT, 1992, Capítulo 39, inciso d) y párr. 2.19; AA. VV. “New York Law School Center for International Law Symposium on World Trade and the Environment”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, 1999, p. 178.

injustificadas o una restricción encubierta al comercio internacional en el sentido que limita el preámbulo, ya que atienden a un problema ambiental reconocido por la comunidad internacional. También debería conducir a pensar que son necesarias como lo exige el inciso b) del artículo XX, ya que en caso contrario no se entendería el derroche esfuerzos y recursos destinados a la nada fácil tarea de concluir un AMUMA. Adicionalmente, si la restricción está destinada a proteger un recurso natural agotable contemplado en un AMUMA, se puede aceptar que la medida está relacionada a la protección de los recursos naturales como lo exige el inciso g). Así, como sostiene G. Marceau, la existencia de un AMUMA podría ser considerada como una presunción de que las medidas adoptadas para lograr sus fines encuentran justificación en el artículo XX del GATT¹¹⁴. Esta interpretación encuentra apoyo en el informe del asunto *Camarón-Tortugas* en donde el Órgano de Apelación dijo que tuvo mucho peso al determinar que la medida en cuestión no podía justificarse con base en el artículo XX del GATT el hecho de que los Estados Unidos no negociaron acuerdos de protección de tortugas marinas con los países afectados por la restricción comercial, como había antes hecho con otros países¹¹⁵. En opinión del Órgano de Apelación, el carácter unilateral de la aplicación de la medida acentuaba la influencia perturbadora y discriminatoria de la medida y subrayaba su naturaleza injustificable¹¹⁶. Por lo tanto, la existencia de una AMUMA debería a su vez eliminar la influencia perturbadora y discriminatoria de la medida y subrayar su naturaleza justificable. Esta interpretación tiene apoyo adicional

¹¹⁴ G. Marceau, "A Call for Coherence in International Law . . .", *op. cit.*, p. 131. Las Comunidades Europeas han manifestado ante el CCMA de la OMC que: ". . . el hecho de que las medidas comerciales que puedan contener los AMUMA hayan sido negociadas y convenidas por consenso en un marco multilateral debe considerarse una garantía frente a las acciones discriminatorias y su uso con fines proteccionistas. . .". *Cfr.* Comunicación de la Comunidad Europea, *Resolución de la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente*. OMC Doc. WT/CTE/W/170, 19 de octubre de 2000, párr. 4.

¹¹⁵ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . ., *op. cit.*, párr. 172.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 174.

en el principio 12 de la Declaración de Río¹¹⁷. Ahora bien, ya que con frecuencia los Estados utilizan las motivaciones ambientales como subterfugio de sus intenciones proteccionistas, una interpretación sostenible del artículo XX debería permitir que la presunción de legalidad creada a favor de las medidas adoptadas de conformidad con un AMUMA pueda ser refutada si existen medios de prueba en ese sentido.

Una interpretación de las excepciones ambientales como la anterior sería aplicable no sólo en las diferencias en las que las dos partes están vinculadas a la OMC y al AMUMA, sino también, y aquí radica su principal aportación, en las diferencias en las que las dos partes sean miembros de la OMC pero sólo una sea parte en los AMUMA. El hecho de que un Estado no sea parte en un AMUMA no quiere decir en ningún caso que ciertas medidas para proteger el medio ambiente son innecesarias o injustificables. Como hemos mencionado antes, la existencia de un AMUMA es, sin duda, una prueba de que existe un problema ambiental cuya importancia a movilizó a la comunidad internacional con el objetivo de adoptar medidas para paliar sus efectos.

Ahora bien, además de la regla general de interpretación del primer párrafo del artículo 31 de la CVDT otros apartados de este mismo artículo son potencialmente aplicables en el contexto que nos ocupa. En concreto la aplicación del inciso c) del párrafo 3 ha sido sugerida por algunos sectores de la doctrina para lograr un acercamiento entre el régimen del comercio internacional y el del medio ambiente.

B) EL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN SISTÉMICA APLICADO A LAS NORMAS DE LA OMC

El artículo 31.3. c) de la CVDT dispone que, entre otros aspectos, en la interpretación de un tratado deberá de tomarse en cuenta *toda norma* pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las *partes*. El objetivo de esta

¹¹⁷ Cfr. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, hecha en Río de Janeiro el 14 de Junio de 1992. (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

disposición, según ha observado la CDI, es conectar los tratados como aspectos de un conjunto general de derechos y obligaciones de los Estados. En su opinión, el artículo 31.3 c) de la CVDT expresa lo que podría denominarse un principio de "integración sistémica", es decir, una directriz según la cual los tratados debían interpretarse en el contexto de todas las normas y principios de Derecho internacional, es decir, del Derecho internacional *entendido como sistema*. Así, como instrumento interpretativo, el principio de "integración sistémica" expresa la naturaleza de un tratado como acuerdo "regido por el Derecho internacional"¹¹⁸.

Ahora bien, la referencia a *toda norma* de Derecho internacional es considerada por algunos autores suficientemente amplia para permitir al OSD de la OMC considerar en su tarea de interpretación cualquier norma convencional o consuetudinaria, aunque no sea parte de los "acuerdos abarcados"¹¹⁹. Claro está que el recurso a otras normas de derecho sólo será procedente si la norma a interpretar es poco clara o si la ambigüedad pareciera resolverse mediante la remisión a otras normas de Derecho internacional¹²⁰. La amplitud aparente del artículo 31.3.c) de la CVDT se ve limitada ya que sólo podrán utilizarse en las tareas de interpretación aquellas normas que sean aplicables a las relaciones entre las *partes*. El problema es que no está claro si al hacer mención de las

¹¹⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 57º período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005), Asamblea General Documentos Oficiales 60º período de sesiones Suplemento Nº 10 (A/60/10), Capítulo XI *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, párr. 467; véase también C. McLachlan, "The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, pp. 279-320.

¹¹⁹ Véase D. French, "Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, April 2006, p. 303; G. Marceau, "A Call for Coherence in International Law . . .", *op. cit.*, p. 131; AA. VV. "New York Law School Center for International Law . . .", *op. cit.*, p. 178.

¹²⁰ En palabras de la CDI no debía ser necesario remitirse a otras normas de Derecho internacional a menos que el propio tratado suscite un problema de interpretación. Normalmente se planteará la necesidad de aplicar el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 en concreto si: a) la norma del tratado es poco clara y la ambigüedad parece resolverse mediante la remisión a un conjunto desarrollado de normas de Derecho internacional; b) el sentido de los términos utilizados en el tratado está bien reconocido en el Derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, se podía considerar que era ese el sentido que las partes habían tenido la intención de atribuirles; o c) los términos del tratado son polisémicos y la remisión a otras fuentes del Derecho internacional ayudaría a precisar el contenido de la norma. Informe de la CDI, *Fragmentación del Derecho internacional*, AG Doc. Nº 10 A/59/10, párr. 147.

relaciones entre las partes la CVDT se refiere a: 1) a todos los miembros de la OMC; 2) a más de un país miembro de la OMC, pero sin requerir que toda la membrecía se encuentre vinculada al tratado¹²¹. La opinión de la doctrina sobre qué debe entenderse por “partes” en el artículo 31.3.c) se encuentra dividida¹²². En la jurisprudencia del GATT/OMC esta inconsistencia se repite. Por un lado, el Grupo Especial en el asunto *Atún-Delfines II* dijo que para que un acuerdo pueda ser relevante a la hora de interpretar el GATT tendrían que estar vinculados a él todas las Partes del GATT¹²³. El Órgano de Apelación por su parte parece haberse decantado por la segunda opción. Con el objeto de aclarar el significado de “recursos naturales agotables” utilizó acuerdos internacionales en las que no todos los miembros de la OMC figuraban como partes¹²⁴. En otros casos, incluso ha ido más lejos, diciendo que la práctica de un sólo Estado puede ser relevante para la interpretación de los acuerdos abarcados, aunque ha añadido que su valor es más limitado que el que tendría una práctica de todas las partes¹²⁵.

Otro punto que despierta algunas dudas es si para que una norma pueda ser considerada relevante a la hora interpretar los “acuerdos abarcados” debe ser anterior a la fecha en que éstos fueron adoptados (1994)¹²⁶. Pese a que en un primer momento algunos Grupos Especiales se han negado a tomar en cuenta en su labor de

¹²¹ Esto es relevante ya que si se refiere a todos los miembros de la OMC ningún AMUMA podrá ser utilizado para interpretar las disposiciones de los “acuerdos abarcados” pues ninguno tiene la misma membrecía que esta organización.

¹²² Algunos autores aseguran que el término “partes” en el artículo 31.3 c) puede ser interpretado como refiriéndose a las partes en la diferencia y no a todos los miembros de la OMC. Véase D. Palmeter y P. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law. . .”, *op. cit.*, p. 411. Para una posición en contra véase J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, *op. cit.*, p. 258.

¹²³ Informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún de 1994* GATT Doc. DS29/ (Informe no adoptado), párr. 5.19.

¹²⁴ Para dar contenido a la expresión “recursos naturales agotables” el Órgano de Apelación se apoyó en CITES, siendo que no todos los miembros de la OMC están vinculados a este acuerdo. Véase informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones. . .*, *op. cit.*, párr. 132.

¹²⁵ Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*. OMC. Docs. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, de 5 de junio de 1998, párr. 93. Este pronunciamiento parece indicar que, aunque más limitado, los AMUMA que vinculan a una sola parte en la diferencia podrían tener un papel a la hora de interpretar los “acuerdos abarcados”.

¹²⁶ La idea es que la labor de interpretación debe tratar de aclarar cuál era la voluntad de las partes al redactar una disposición y no parece que una norma que no existía al momento de negociar una disposición pueda ayudar a en esta labor.

interpretación tratados que han sido concluidos antes que el GATT de 1947, el Órgano de Apelación ha dicho que es necesario leer las disposiciones del GATT, en este caso concreto se refirió al inciso g) del artículo XX, a la luz de las necesidades contemporáneas y a la luz del objetivo del “desarrollo sostenible” que aparece en el preámbulo del acuerdo por el que se establece la OMC¹²⁷. Existen, en su opinión, conceptos cuyo contenido no es *estático*, sino *evolutivo* como los “recursos naturales agotables” y el “desarrollo sostenible”, que en el caso interpretó haciendo referencia de diversos acuerdos de protección del medio ambiente¹²⁸. De esta forma, al parecer los AMUMA posteriores a la adopción de los acuerdos abarcados pueden resultar relevantes para interpretar conceptos evolutivos como el artículo XX del GATT o el concepto de “desarrollo sostenible” del preámbulo del acuerdo OMC.

Ahora bien, si se acepta que la tesis de que la mención a las normas aplicables entre *las partes* se refiere a las partes en la diferencia y se da el caso de que éstas están vinculadas a un AMUMA, el artículo 31.3.c) de la CVDT daría aún mayor fundamento a una interpretación sostenible de los acuerdos abarcados¹²⁹. Así, por ejemplo, ante la aplicación de una restricción comercial aplicada para lograr los objetivos de un AMUMA entre dos miembros de la OMC vinculados al acuerdo ambiental debería concluirse que, salvo prueba en contrario, las restricciones están justificadas en las excepciones ambientales del GATT o del AGCS. Esto es así ya que si las dos partes han firmado un AMUMA es porque reconocen la importancia y necesidad de adoptar

¹²⁷ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones* . . ., *op. cit.*, párr. 129.

¹²⁸ *Ibid.*, párr. 130.

¹²⁹ La mera existencia de un AMUMA no implica que todas las medidas comerciales que se adopten para lograr los objetivos de protección que éste establece sean consideradas multilaterales. Son multilaterales sólo las medidas comerciales expresamente requeridas por un AMUMA y siempre y cuando se apliquen entre partes en el Convenio. Las medidas que no estando requeridas se aplican entre partes, o que estando requeridas en un AMUMA se aplican a Estados que no son partes y, por último, las medidas que se adoptan para apoyar los objetivos del AMUMA pero que no están expresamente autorizadas, son consideradas medidas comerciales unilaterales. Véase P. Demaret, “TREM, Multilateralism, Unilateralism and the GATT”, en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin; (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994, pp 52-59.

medidas del recurso ambiental en cuestión. La interpretación anterior encuentra apoyo en uno de los pronunciamientos más recientes en los que la CIJ ha aplicado el artículo 31.3.c) de la CVDT. En el asunto de las *Plataformas petroleras* la CIJ sostuvo que, con base en el artículo 31.3.c) de la CVDT, otras normas de Derecho internacional que se utilizan para interpretar un tratado pueden ser aplicadas y, por lo tanto, influir en la determinación de la legalidad de una medida¹³⁰. En el caso, la CIJ utilizó las normas consuetudinarias de Derecho internacional sobre el uso de la fuerza para interpretar una excepción del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consultares de 1955, que establecía que nada en el tratado impediría a las partes adoptar las medidas necesarias para proteger sus intereses esenciales¹³¹. La Corte dijo que esta excepción sólo podía justificar medidas que implicaran el uso de la fuerza en legítima defensa, previo ataque y que fueran proporcionales a los daños sufridos. De esta manera, el cumplimiento de otras normas de Derecho internacional consuetudinario distintas del acuerdo cuya excepción se interpretaba fueron efectivamente introducidas por vía del artículo 31.3.c) del CVDT¹³². Si bien en los puntos resolutivos de su sentencia la CIJ

¹³⁰ Se trata de un caso en donde Irán reclamaba a los Estados Unidos el uso de la fuerza en contra de tres plataformas petrolíferas administradas por una compañía iraní. En opinión de Irán estos actos violaban el Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consultares que vinculaba a este país con Estados Unidos y que data del año 1955. Los Estados Unidos argumentaron que estas actividades podían justificarse en una excepción que establecía, con cierta similitud del artículo XX del GATT, que nada en el tratado de 1955 impediría a las partes adoptar medidas necesarias para proteger sus intereses esenciales. En lo conducente el fallo de la CIJ dice: “. . .under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (Article 31, paragraph 3 (c)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force. The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty. . .”. Cfr. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (1992-2003), párr. 41. Véase también E. Cannizzaro y B. Bonafé, “Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the *Oil Platforms Case*”, *The European Journal of International Law*, Vol. 16, N.3, 2005, pp. 481-497.

¹³¹ Cfr. El artículo XX.1.d) del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consultares firmado en Teherán el 15 de Agosto de 1955 y que entró en vigor el 16 de junio de 1957. Este documento puede ser consultado en línea en: http://www.parstimes.com/law/iran_us_treaty.html

¹³² Estados Unidos alegó sin éxito que la Corte no tenía competencia para analizar la posible vulneración de otras normas de Derecho internacional ya que la cláusula compromisoria de la que emanaba su

únicamente dice que la medida en cuestión no se encontraba justificada en la excepción del tratado de 1955 no cambia el hecho de que el contenido de esta excepción haya sido precisado con base en otras normas de derecho ajenas al tratado de 1955¹³³.

En opinión de algunos autores, en un supuesto como anterior la parte demandada podría incluso justificar la aplicación de una medida diciendo que el acuerdo ambiental constituye una modificación *inter se* de los “acuerdos abarcados”, si se han cumplido para tal efecto las exigencias del artículo 41 de la CVDT¹³⁴. Aunque se podría pensar que las modificaciones *inter se* no pueden ser aplicadas por vía de las normas de interpretación de los tratados ya que, como hemos visto antes, en algunos casos funciona como una excepción al párrafo 5 del artículo 30 que codifica el principio de *lex posterior*. Sin embargo, lo cierto es que las modificaciones *inter se* no son una norma sobre conflictos normativos. Son simplemente una modificación de un acuerdo a través de la celebración de un segundo acuerdo entre dos partes. Por lo tanto, si una disposición obscura o vaga ha sido modificada por un acuerdo posterior entre algunas partes y precisa ser interpretada, el acuerdo que la modifica, sin duda, tendrá gran relevancia para esclarecer el contenido de sus términos. Así, al igual que la CIJ, el OSD de la OMC podría interpretar las excepciones ambientales de los acuerdos abarcados a la luz de otros acuerdos que las modifican.

En cualquier caso, P. Zapatero está en lo correcto cuando observa que la última palabra sobre el papel que tiene el Derecho internacional, ya sea como derecho aplicable o como medio de interpretación de los acuerdos abarcados, lo tendrá el OSD de la OMC¹³⁵.

autoridad para conocer de la diferencia únicamente le otorgaba jurisdicción sobre la interpretación y aplicación del tratado de 1955.

¹³³ Cfr. *Oil Platforms* case . . ., *op. cit.*, párrs. 61, 72, 73, 76 y 78.

¹³⁴ D. Palmeter y P. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law. . .”, *op. cit.*, p. 412.

¹³⁵ P. Zapatero, *Derecho del comercio global* . . ., *op. cit.*, p. 430.

Capítulo XI

**HACIA UNA INTERPRETACIÓN SOSTENIBLE DE LAS NORMAS DE LA
OMC**

Hace algunos años J. Trachtman observó que para comprender el papel de mecanismos de solución de diferencias como el de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se debe reconocer que la solución de controversias no es simplemente un instrumento de aplicación neutral de las normas creadas, sino que es en sí mismo un mecanismo de legislación¹. Precisamente en el contexto del régimen del comercio internacional, la legislación judicial o activismo judicial del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) a través de la interpretación ha elevado injustificadamente las condiciones exigidas a las medidas de protección ambiental para que puedan ser consideradas compatibles con las normas de la OMC. Este tipo de interpretaciones han creado un desequilibrio entre los intereses comerciales de la OMC y las políticas ambientales de los países miembros que precisa ser corregido para favorecer el logro del objetivo del *desarrollo sostenible*.

El doble objetivo de este capítulo consiste, por un lado, en analizar los límites que las normas de la OMC imponen al activismo judicial del OSD y, por otro lado, en proponer alternativas para una interpretación *sostenible* del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y congruente con las normas del Derecho internacional público, es decir, interpretaciones que permitan evitar las medidas proteccionistas y permitan la adopción de medidas comerciales basadas en consideraciones ambientales auténticas. Así, el estudio del alcance de la función interpretativa del OSD de la OMC, el análisis del debate sobre el activismo judicial y

¹ J. Trachtman, "The Domain of the WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, Vol. 40, No. 2, Spring 1999, p. 336.

el examen del artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en la OMC (ESD) componen los temas desarrollados en la primera parte de este capítulo. En la segunda parte se proponen alternativas de interpretación del artículo III del Acuerdo General centrándonos en el examen sobre la similitud de dos productos así como la posibilidad de que éstos sean diferenciados con base en los procesos y métodos de producción. Este capítulo se cierra con una tercera parte dedicada a desarrollar algunas propuestas de interpretación que permitan rehabilitar las excepciones ambientales del GATT.

Es importante aclarar que si en este capítulo nos ocupamos principalmente del GATT y no así del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) o del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (APIC) se debe a que este acuerdo, a diferencia de los otros dos, ha sido ampliamente interpretado. No obstante, hay que decir que, en parte, los razonamientos que a continuación se exponen, particularmente los relativos al inciso b) del artículo XX del GATT, son potencialmente aplicables al AGCS ya que éste contiene una excepción ambiental en términos prácticamente idénticos a los utilizados por el GATT.

I. LOS LÍMITES AL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA OMC

La determinación y alcance de la norma a través de la interpretación constituye, según ha escrito C. Fernández de Casadevante, un problema previo que retrasa o condiciona su aplicación². De este modo precisar el sentido, fijar el alcance, esclarecer los puntos oscuros y las ambigüedades de una disposición son condiciones previas para que una instancia judicial pueda aplicarla³. No es pues extraño que la interpretación de los “acuerdos abarcados” sea una de las funciones de los Grupos

² C. Fernández de Casadevante, *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996, p. 36.

³ A. Remiro, *Derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 306.

Especiales y del Órgano de Apelación de la OMC⁴. El artículo 3.2 del ESD establece claramente que el OSD de la OMC no sólo sirve para preservar los derechos y obligaciones de los países miembros en el marco de los acuerdos abarcados, sino también para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público⁵.

A) EL ALCANCE DE LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA

En el Derecho internacional público, en donde la soberanía estatal y la autonomía de la voluntad tienen un papel preponderante, la competencia para realizar las interpretaciones de los tratados que les vinculan corresponde, en principio, a los Estados⁶. Cuando todos los países vinculados a un tratado adoptan una interpretación de sus disposiciones se dice que ésta es una interpretación *auténtica*⁷. En materia de interpretación, los miembros de la OMC han delegado parte de sus competencias al OSD al haber ordenado a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación la

⁴ El artículo 1.1 del ESD de la OMC establece que sus disposiciones serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con los acuerdos enumerados en su Apéndice 1 (denominados “acuerdos abarcados”). Entre los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 se encuentran el Acuerdo por el que se establece la OMC, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Estos acuerdos pueden consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Secretaría del GATT, 1994.

⁵ Textualmente el artículo 3.2 del ESD dispone: “. . .El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para *aclarar* las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados. . .”. (Sin cursivas en el original).

⁶ Como ha escrito P. Reuter: “. . .Les effets du traité concernent avant tout les auteurs de l’acte: ils sont ce que les auteurs ont voulu et seulement ce qu’ils ont voulu et parce qu’ils ont voulu. C’est là, sous sa forme la plus générale, le principe fondamental de la matière; il permet de formuler immédiatement un problème que se pose dès avant l’exécution du traité: comment établir ce qu’ont voulu les parties? C’est la question de l’interprétation des traités. . .”. P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3e édition, France: Presses Universitaires de France, 1995, p. 87. Véase también I. Voicu, *De l’interprétation authentique des traités internationaux*, Paris: Éditions A. Pédone, 1968, p. 73; O. Casanovas, “Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 122.

⁷ Las interpretaciones unilaterales no se consideran auténticas salvo si son aceptadas por el conjunto de Estados obligados. I. Voicu, *De l’interprétation authentique des traités. . .*, *op. cit.*, p. 111.

aclaración de las disposiciones de los “acuerdos abarcados”⁸. Este tipo de interpretaciones no auténticas únicamente serán vinculantes para los países involucrados en la diferencia y con relación a los hechos concretos de la misma, ya que no son interpretaciones definitivas y en principio tampoco sientan precedentes obligatorios⁹. La Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC, por otro lado, tienen autoridad exclusiva para adoptar interpretaciones de los acuerdos abarcados. Las interpretaciones de estos acuerdos deben basarse en una recomendación del Consejo encargado de administrar el acuerdo en cuestión y requiere el voto de las tres cuartas partes de la totalidad de miembros. No obstante, no necesitan ser ratificadas por todos los miembros para ser efectivas¹⁰.

Pese a no ser realizadas por los Estados obligados, las interpretaciones *jurisdiccionales* de un tratado deben centrarse en aclarar cuál era la voluntad de las partes según el sentido natural y ordinario del texto interpretado y teniendo en cuenta su objeto y fin¹¹. La determinación de la voluntad de las partes se facilita cuando los términos de las normas interpretadas admiten un único significado. Los problemas se presentan cuando los jueces son llamados a interpretar normas imprecisas,

⁸ C. Fernández de Casadevante observa que el carácter obligatorio de las interpretaciones judiciales tiene su origen en la aceptación previa de la competencia del órgano en cuestión por las partes. C. Fernández de Casadevante, *La interpretación de las normas. . . op. cit.*, p. 62. En ese sentido el artículo 3.1 del ESD dispone que los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el propio ESD.

⁹ En cualquier caso, hay que decir que el ESD reconoce las interpretaciones del OSD no perjudicarán el derecho de los miembros a recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral. *Cfr.* Artículo 3.9 del ESD. La Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC, por otro lado, tienen autoridad exclusiva para adoptar interpretaciones de los acuerdos abarcados.

¹⁰ *Cfr.* Artículo IX.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, en vigor desde el 1º de enero de 1995 (*BOE*, 24 de enero de 1995, No. 20).

¹¹ La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la opinión consultiva sobre la *Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas* precisó que la primer obligación de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado, es tratar de darles efecto según el sentido natural y ordinario de dichas disposiciones en su contexto. *Compétence de l'Assemblée Générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 8; véase también el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT); I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Second Edition; Manchester: University Press, 1984, pp. 114 y 115.

ambiguas u oscuras. Este tipo de imprecisiones normativas, aunque pueden ser involuntarias, con frecuencia son deliberadas. A veces las normas se redactan en términos vagos con el fin de dotarlas de cierta flexibilidad que les permita adecuarse a situaciones cambiantes o para facilitar la cooperación internacional¹². Por ejemplo, ciertas disposiciones negociadas en la Ronda Uruguay fueron redactadas en términos ambiguos con el fin de que admitieran distintas interpretaciones que acomodaran los intereses de la mayor parte de los Estados miembros¹³.

En la doctrina las opiniones varían sobre cómo debe proceder una instancia judicial en las diferencias que involucran una norma demasiado imprecisa o cuando existe un vacío normativo. En esencia, no hay un acuerdo sobre si la función de interpretación de las normas está limitada a una acción puramente declarativa o si por el contrario la interpretación implica necesariamente un acto de creación jurídica.

B) EL DEBATE SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL

Algunos autores consideran que la creación de derecho por parte de las instancias judiciales *-activismo judicial-* para dotar de contenido a una norma demasiado imprecisa o para colmar un vacío normativo es un acto antidemocrático que atenta contra a la soberanía de los Estados, ya que éstos no participan en la creación de la norma y, sin embargo, son sus destinatarios¹⁴. Este sector de la doctrina sostiene que si un juez se encuentra ante un vacío normativo o una norma demasiado

¹² Esta tendencia se aprecia con claridad en los grandes acuerdos multilaterales que precisan de un mínimo común denominador –alcanzado normalmente a través de disposiciones vagas, flexibles o que admiten distintos significados– para un gran número de intereses estatales que pugnan entre sí. S. Sur, *L'interpretation en droit international public*, Paris: L.G.D.J., 1974.

¹³ R. H. Steinber, “Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints”, *American Journal of International law*, Vol. 98, N. 2, 2004, p. 253.

¹⁴ *Ibid.*, p. 257.

imprecisa simplemente deberá limitarse a declararlo así, pronunciando un *non liquet*¹⁵ -que significa “poco claro”- quedando el asunto sin solución¹⁶. En este contexto, el Derecho internacional se considera un sistema normativo incompleto e impreciso.

Otros autores, por su lado, sostienen que los juzgadores internacionales tienen el deber de resolver las diferencias que le sean planteadas incluso si la ley es incompleta o poco clara¹⁷. En su opinión, las instancias judiciales internacionales tienen la obligación de superar las lagunas o imprecisiones en la ley ya sea aplicando los principios generales del derecho o bien a través del activismo judicial¹⁸. En este contexto el Derecho internacional se considera un sistema normativo completo o susceptible de ser completado¹⁹. Aunque algunos países prohíben a sus tribunales

¹⁵ D. Bodansky, “*Non liquet* and the incompleteness of international law”, en: L. Boisson de Chazournes y P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, United Kingdom: Cambridge University Press, 1999, p. 154.

¹⁶ Estos razonamientos encuentran cierto apoyo en la opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares* en donde la Corte Internacional de Justicia (CIJ) argumentó que el estado actual del Derecho internacional y los elementos de hecho a su disposición no le permitían concluir si el recurso a las armas nucleares en legítima defensa estaba prohibido. En su opinión disidente la Juez R. Higgins sostuvo que la falta de decisión de la CIJ era un pronunciamiento de *non liquet*. En cualquier caso, como observó que el Juez M. Vereshchestin, la figura del *non liquet* parece referirse únicamente a los procedimientos contenciosos en los que una instancia judicial emite una decisión obligatoria y no a las opiniones consultivas que no son vinculantes. *Licéite de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, párr. 97; *Opinión disidente de Mme. Higgins*, párr. 7; *Déclaration de M. Vereshchetin*. Véase también J. Stone, “*Non Liquet* and the Function of Law in the International Community”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1959, pp. 124-161; P. Weil, “The Court Cannot Conclude Definitively. . . *Non Liquet* Revisited”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 1998, pp. 109-119.

¹⁷ H. Lauterpacht, “Some Observations on the Prohibition of “*Non Liquet*” and the Completeness of the Law”, en: M. Koskenniemi, *Sources of International Law*, Aldershot: Ashgate Publishin Ltd., 2000, p. 438.

¹⁸ El artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia, que entre otras fuentes prevé la posibilidad de la aplicación de los principios generales del Derecho, en opinión del Juez S. M. Schwebel, fue redactado para evitar los pronunciamientos de *Non Liquet*. Cfr. *CIJ Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel*.

¹⁹ Esta doctrina descansa en parte en el pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto *Lotus* en el que declaró que las limitaciones a la independencia de los Estados no se presumen. En opinión de estos autores esto equivale a decir que todo lo que no está prohibido en el Derecho internacional está permitido. El argumento es que este “principio residual negativo” permite a los tribunales internacionales superar cualquier vacío normativo imposibilitando el pronunciamiento de un *Non liquet*. Véase *Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I., série A- n° 10*, p. 18. O. Spierman, “*Lotus* and the Double Structure of International Legal Argument”, en: L. Boisson de Chazournes y P. Sands (eds.), *International Law. . . , op. cit.*, p.133.

nacionales negarse a resolver una diferencia argumentando una deficiencia normativa, no está claro que un deber similar exista en el ámbito internacional²⁰.

En realidad, la respuesta al debate expuesto no parece encontrarse en uno solo de los dos planteamientos expuestos. Por un lado, es difícil sostener que las instancias judiciales internacionales tengan competencia para superar cualquier vacío normativo creando derecho. En ausencia de normas aplicables los jueces internacionales no deberían atribuirse competencias legislativas que no les han sido expresamente conferidas por los Estados y, por lo tanto, la posibilidad de declarar un *non liquet* debería ser reconocida²¹. No obstante, una prohibición total del activismo judicial tampoco es aceptable, pues incluso las normas más detalladas habitualmente precisan de cierta creatividad interpretativa por parte de las instancias judiciales que habrán de aplicarlas²². Después de todo debe reconocerse que, como ha escrito O. Casanovas y la Rosa, el poder de creación del derecho por los jueces es, hasta cierto punto, inevitable²³. Así parece confirmarlo la práctica de los tribunales internacionales en donde el activismo judicial no es infrecuente, particularmente tratándose de tribunales de competencia obligatoria como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el propio OSD de la OMC²⁴. En cualquier caso, el activismo judicial sin límites no es aceptable en ninguna instancia judicial internacional. Además de las

²⁰ J. Stone, "*Non Liqueet* and the Function of Law . . .", *op. cit.*, p. 145; D. Bodansky, "Non liqueet and the incompleteness of international law. . .", *op. cit.*, pp. 167 y 168.

²¹ M. Koskenniemi, "The Silence of Law/The Voice of Justice", en: L. Boisson de Chazournes y P. Sands (eds.), *International Law. . .*, *op. cit.*, p. 489; J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, *op. cit.*, p. 152; O. Casanovas, "Unidad y Pluralismo. . .", *op. cit.*, p. 128.

²² En palabras de D. Bodansky permitir que los jueces únicamente apliquen la ley prohibiendo en todos los casos una labor creativa haría del *non liqueet* la regla y no la excepción. D. Bodansky, "Non liqueet and the incompleteness of international law. . .", *op. cit.*, p. 168.

²³ O. Casanovas, "Unidad y Pluralismo. . .", *op. cit.*, p. 128. Véase también T. Ginsburg, "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45, Spring 2005, p. 635; M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 232.

²⁴ R. O. Keohane, A. Moravcsik y A. M. Slaughter, "Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational", *International Organization*, Vol. 54, No. 3, 2000, pp. 461 y 462; R. H. Steinber, "Judicial Lawmaking at the WTO. . .", *op. cit.*, p. 257. La CIJ también ha sido judicialmente activa. Véase L. M. Pair, "Judicial Activism in the ICJ Charter Interpretation", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, Fall 2001, pp. 181-221.

deficiencias democráticas ya apuntadas, J. Stone ha observado que el activismo judicial sistemático crea el riesgo de que los tribunales internacionales pierdan legitimidad y con ello la confianza de los Estados, ya que no existe en el orden internacional una instancia con competencias para corregir los errores judiciales²⁵.

En algunos casos, cómo veremos más adelante, los límites al activismo judicial están expresamente identificados en el mandato conferido a la instancia judicial²⁶. En tal caso, la legitimidad de los desarrollos normativos por los jueces internacionales puede ser valorada examinando si los límites establecidos han sido respetados. Por otro lado, cuando estos límites no son expresos, como han observado L. Boisson de Chazournes y S. Heathcole, no es fácil establecerlos²⁷. No obstante, podemos decir que, ya que en esencia la legitimidad de las instancias judiciales deriva del instrumento que las ha creado y de las partes que han aceptado someterse a sus decisiones, la legitimidad del activismo judicial, si excede el ámbito de competencias que le han sido conferidas, es más que cuestionable²⁸. Para valorar si una instancia judicial está actuando dentro del ámbito de sus competencias convendría tener en cuenta los límites que en otros contextos se imponen para el ejercicio de competencias que no han sido otorgadas de forma expresa, como las competencias implícitas de las Organizaciones internacionales -aunque no sean aplicables directamente-²⁹. Es en el Derecho comunitario donde la doctrina de los poderes implícitos ha sido más

²⁵ J. Stone, "Non Liqueur and the Function of Law. . .", *op. cit.*, p. 152.

²⁶ J. D. Van der Vyver, "The International Criminal Court and The Concept of Mens REA In International Criminal Law", *University of Miami International and Comparative Law Review*, Vol. 12, Summer 2004, p. 148.

²⁷ L. Boisson de Chazournes y S. Heathcole, "The Role of the New International Adjudicator", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 25, April 2001, p. 137.

²⁸ L. M. Pair, "Judicial Activism in the ICJ Charter Interpretation", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, Fall 2001, pp. 181-221.

²⁹ Según el Derecho internacional, las Organizaciones internacionales son poseedoras no sólo de las competencias expresamente enunciados en sus tratados constitutivos –competencias expresas-, sino también de aquellas que son necesarias y esenciales al ejercicio de las funciones de ésta –competencias implícitas-. Véase CIJ: *Réparation des dommages subis au service des Nations Unives*, Avis consultatif du 11 avril 1949, *Recueil 1949*. También CIJ *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, July 8 1996, *Recueil 1996*; M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones internacionales*, 14ª Ed., Madrid: Tecnos, S.A., 2006, pp. 133-134.

desarrollada. En este contexto, las competencias implícitas de los órganos de la comunidad sólo pueden ser utilizadas para alcanzar los objetivos generales de la Comunidad o de la disposición específica que desea aplicar y sólo en la medida en que sean necesarias para lograr el objetivo deseado. Los excesos en el ejercicio de estas facultades no expresas se evitan, en parte, con los límites establecidos en relación con los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad* en los que se exige a la Comunidad, por un lado, que tenga en cuenta la dimensión regional y local de sus actos, por otro lado, la reducción al mínimo de las cargas de todo tipo que puedan recaer en los Estados, en la Unión o en los ciudadanos y, por último, velar porque la medida adoptada sea proporcional al objetivo que se desea³⁰. Parece razonable, por tanto, esperar que los jueces internacionales, que se vean en la necesidad de desarrollar una norma ambigua u oscura, tengan en cuenta el posible impacto político de sus decisiones y procuren que sus desarrollos normativos no excedan de lo estrictamente necesario para cumplir la labor de resolver la diferencia en cuestión, reduciendo al mínimo las posibles cargas resultantes para los Estados. Adicionalmente, si la instancia judicial forma parte de un régimen especializado con objetivos y fines propios, por ejemplo, el OSD de la OMC, cabría esperar que los desarrollos normativos respeten estos objetivos y fines³¹. Estudios recientes demuestran que, dependiendo de las características de la instancia judicial en cuestión,

³⁰ En los ámbitos en los que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Conforme al principio de proporcionalidad ninguna acción en el ejercicio de las competencias de la Unión puede excederse de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. Por otro lado, en virtud de la doctrina de los poderes implícitos, las competencias comunitarias no sólo son aquellas que le han sido expresamente conferidas en su tratado constitutivo sino también todas aquellas que, sin ser expresas, son necesarias para el cumplimiento de los objetivos del Tratado. *Cfr.* Artículos 5 y 308 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (*DOUE* C325 de 24 diciembre 2002). Véanse también los artículos 2 y 5 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Para un análisis doctrinal véase A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid: Tecnos, S. A., 2005, pp. 110-123.

³¹ L. M. Pair, "Judicial Activism in the ICJ. . .", *op. cit.*, p. 218.

las consecuencias de un exceso en el activismo judicial podrían ser, entre otras, que los Estados inconformes con la decisión no la cumplan, revoquen la aceptación de su competencia para que tenga efectos en futuras controversias o, si esto no es posible, públicamente manifiesten su oposición con la intención de minar la confianza que les tienen otros Estados o bien, que los sustituyan por una nueva instancia judicial³².

De lo hasta ahora expuesto se desprende que el problema no es el activismo judicial en sí mismo sino el establecimiento de límites aceptables por los Estados y su cumplimiento por parte de los jueces internacionales. En la OMC los límites al activismo judicial están claramente establecidos en el ESD. Antes de ocuparnos de ellos conviene mencionar que el OSD no puede pronunciar un *non liquet*. Esto no se debe, como sostienen algunos autores, a que exista un deber de resolver todas las diferencias que les sean planteadas incluso si no existe una norma aplicable, sino porque su jurisdicción substantiva está limitada a los acuerdos abarcados. Como observa J. Pauwelyn, si no hay una norma de los acuerdos abarcados aplicable en la diferencia entonces el OSD ni siquiera tiene jurisdicción para declarar un *non liquet*³³.

C) EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL OSD DE LA OMC Y SUS LÍMITES

El artículo 3.2 del ESD de la OMC establece que el OSD sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público. Para T. Ginsburg, al ordenar aclarar disposiciones oscuras o vagas en los acuerdos abarcados, el artículo 3.2 equivale a una delegación implícita de competencias legislativas a favor

³² T. Ginsburg, "Bounded Discretion. . .", *op. cit.*, pp. 658-665.

³³ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

del OSD³⁴. No obstante, esta disposición impone ciertos límites al precisar que las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados. En opinión de J. Jackson, el hecho de que el ESD prohíba aumentar o disminuir los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC demuestra que éstos no desean un OSD judicialmente demasiado activo³⁵. Por otro lado, existe la limitación adicional de que las interpretaciones de los acuerdos abarcados se realizasen con base en las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público. En suma, la prohibición de aumentar o disminuir los derechos de los miembros y la exigencia de aplicar las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público son los dos límites que encuentra el activismo judicial del OSD en la OMC.

En el capítulo anterior observamos que, aunque el artículo 3.2 del ESD no hace referencia expresa a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), el Órgano de Apelación de la OMC ha dicho que las normas consuetudinarias de interpretación incluirían el artículo 31 de la CVDT³⁶ y en algunas ocasiones también ha hecho referencia al artículo 32³⁷. Ahí también mencionamos que la regla general de interpretación, contenida en el artículo 31.1 de la CVDT, es que un acuerdo internacional debe ser interpretado según el sentido ordinario de sus términos,

³⁴ T. Ginsburg, “Bounded Discretion . . .”, *op. cit.*, p. 643.

³⁵ J. Jackson, “Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization”, *Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, N. 4, 1999, p. 830. En el mismo sentido J. Ragosta, N. Coneja y M. Zeldovich, “Symposium: The United States, the Doha Round and the WTO-Where Do We Go from Here?”, *The International Lawyer*, Vol. 37, Fall 2003, p. 708. El activismo judicial del OSD de la OMC ha sido criticado por algunos países. Véase *el acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard el 23 de octubre de 2002*. OMC Doc. WT/DSB/M/134, 29 de enero de 2003, párr. 62.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, p. 17.

³⁷ El artículo 32, que contiene normas de interpretación de carácter complementario, únicamente se aplica para confirmar una interpretación lograda tras aplicar las reglas básicas de interpretación del artículo 31, o bien, cuando el artículo 31 no aclare los términos interpretados o no lo haga satisfactoriamente. Véase informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún de 1994* GATT Doc. DS29/ (Informe no adoptado), párr. 5.20.

tomando en cuenta su contexto, objeto y fin³⁸. El primer párrafo del Acuerdo por el que se establece la OMC (Acuerdo OMC) enumera como objetivos de esta organización el elevar los niveles de vida, facilitar el pleno empleo, aumentar los ingresos reales de los miembros, así como la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y la protección y preservación del medio ambiente³⁹. Esto quiere decir que los acuerdos abarcados deben ser interpretados no sólo conforme al sentido ordinario de sus términos sino también teniendo en cuenta el objetivo del desarrollo sostenible⁴⁰.

Sin embargo, las limitaciones que impone el ESD y la CVDT no siempre han sido cumplidas. Como hemos podido observar en capítulos anteriores, los Grupos Especiales del GATT de 1947 se caracterizaron por realizar interpretaciones poco textuales del artículo III, particularmente del examen sobre la similitud de dos productos⁴¹, y de los incisos b) y g) del artículo XX del Acuerdo General a los que añadieron condiciones artificiales que ninguna medida de protección ambiental logró satisfacer⁴². Con la formación de la OMC la solución de controversias aparentemente

³⁸ Así lo ha confirmado la CIJ en el *Asunto del templo de Préh Vihear*. Véase CIJ, *Recueil 1961*, p. 32

³⁹ Cfr. Preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC.

⁴⁰ El propio Órgano de Apelación así lo ha reconocido. Véase el informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párr. 153.

⁴¹ La forma en que se analiza la similitud de dos productos en el contexto del artículo III puede influir en la interpretación que se hace de este concepto en el contexto del artículo I del Acuerdo General. Por otro lado, el ámbito material de aplicación del artículo XI puede verse limitado si se permite considerar que dos productos que difieren únicamente en sus procesos y métodos de producción no son productos similares. Véase en este estudio los capítulos V y VI. Véase también R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, pp. 249-289; D. Regan, “Regulatory Purpose and “Like Products” in Article III:4 of the GATT (With Additional Remarks on Article III:2)”, *Journal of World Trade*, Vol. 36, No. 3, June 2002, pp. 443-478; J. Peel, “Confusing Product with Process: A Critique of the Application of the Product-Based Test for Environmental Process Standards in the WTO”, *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 10, 2002, pp. 217-244.

⁴² Cfr. el informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Prohibición a las importaciones de atún y productos de atún procedentes de Canadá*. GATT Doc. L/5198, adoptado el 22 de febrero de 1982, 29S/97. Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Canadá - Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*. GATT Doc. BISD 35S/109, adoptado el 22 de marzo de 1988. Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos e impuestos internos sobre cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990. Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Estados*

sufrió una evolución positiva, particularmente con relación a la interpretación de los incisos b) y g) del artículo XX. El Órgano de Apelación con un enfoque de interpretación literal de estas excepciones eliminó algunas de las condiciones que habían sido añadidas por los Grupos Especiales. De este modo, todas las medidas analizadas en controversias posteriores a la creación de la OMC han logrado satisfacer sin demasiadas complicaciones las condiciones establecidas en los incisos b) y g) del artículo XX. Sin embargo, el Órgano de Apelación únicamente trasladó los problemas de los incisos b) y g) al preámbulo del artículo XX ya que, al más puro estilo de los Grupos Especiales del GATT de 1947, ha añadido a sus condiciones exigencias adicionales que no tienen fundamento en el texto Acuerdo General⁴³.

Este tipo de interpretaciones hace que en la práctica sea difícil que las medidas de protección ambiental cumplan con las condiciones que el Órgano de Apelación ve escritas en el artículo III y en el preámbulo del artículo XX. Indicativo de esta situación es el hecho de que sólo una medida, de nueve examinadas en el marco del Acuerdo General en donde se invocaron los inciso b) o g) como justificación, ha logrado beneficiarse como excepción⁴⁴. Al incrementar injustificadamente las condiciones necesarias para que una medida pueda considerarse una excepción ambiental, el Órgano de Apelación no sólo ha ido en contra del objetivo del desarrollo sostenible violando el artículo 31.1 de la CVDT, sino que además ha disminuido los derechos de los miembros vulnerando la prohibición que en ese sentido contiene el

Unidos – Restricciones a la importación de atún de 1991. GATT Doc. DS21/R - 39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Informe no adoptado). Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún de 1994*. GATT Doc. DS29/R, de 29 de junio de 1994 (Informe no adoptado).

⁴³ Véase el capítulo VI en este estudio. Véase también S. Gaines, “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeu: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Winter 2001, pp. 739–823; D. Mcrae, “GATT Article XX and the WTO Appellate Body”, en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Great Britain: Kluwer Law International, 2000, pp. 219-236.

⁴⁴ Véase Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R de fecha 12 de marzo de 2001.

artículo 3.2 del ESD. Por otro lado, existe el peligro de que este tipo de interpretaciones influyan y debiliten las excepciones ambientales del artículo XIV del AGCS ya que esta disposición reproduce con fidelidad parte de las excepciones ambientales del GATT. Más aún, este tipo de interpretaciones puede dificultar la justificación de las medidas comerciales adoptadas en el marco de un AMUMA ya que ninguna norma de los acuerdos abarcados establece que éstas deben recibir un trato distinto al que reciben las medidas unilaterales de los Estados miembros⁴⁵.

Ahora bien, J. Bacchus asegura que no se deben exagerar los efectos negativos de las interpretaciones del Órgano de Apelación ya que éstas tienen un alcance limitado a la diferencia en la que fueron realizadas⁴⁶. Este razonamiento aparentemente encuentra apoyo en el hecho de que formalmente en la OMC no se sigue el principio *stare decisis* como en algunos sistemas jurídicos domésticos de la *common law*; es decir, las interpretaciones individuales de los acuerdos abarcados por el OSD no crean precedentes obligatorios para las futuras diferencias. A esto se podría agregar que el OSD no tiene competencias para adoptar interpretaciones definitivas de los acuerdos abarcados, ya que ésta es una facultad que tiene en exclusiva la Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC⁴⁷. Sin embargo, en la práctica las interpretaciones de los acuerdos abarcados realizadas en diferencias previas juegan un papel central en las decisiones del Órgano de Apelación hasta el punto de que algunos autores como R. Bhala sostienen que en la OMC se cumple de

⁴⁵ Sobre la influencia en los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente de las interpretaciones que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación han realizado sobre las excepciones ambientales del artículo XX véase B. Condon, "Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9, Spring 2002, pp. 535-536.

⁴⁶ Véase "Appellate Body Chair Dismisses Charges of Exceeding Mandate", en: *Inside U.S. Trade*, May 31, 2002.

⁴⁷ Véase el artículo IX.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

facto con el principio de *stare decisis*⁴⁸. En efecto, el Órgano de Apelación rara vez se aparta de la forma en que ha interpretado previamente una disposición. Así, el valor de precedente de las interpretaciones realizadas por el Órgano de Apelación no debe en ningún caso minimizarse.

En el contexto que nos ocupa, es particularmente importante evitar las interpretaciones del Acuerdo General que no tienen fundamento en su texto o que van en contra del objetivo del desarrollo sostenible. A continuación proponemos algunas alternativas de interpretación sostenible del Acuerdo General. Conviene destacar que, debido a que muchas disposiciones que se comentan adolecen de imprecisión, cierto activismo judicial del OSD puede ser requerido. No obstante, las alternativas de interpretación que se proponen quedan comprendidas dentro de los límites establecidos por el ESD y la CVDT.

II. UN NUEVO ENFOQUE PARA LA CLÁUSULA DE TRATO NACIONAL DEL ARTÍCULO III DEL GATT

En el capítulo quinto pudimos observar que la interpretación del artículo III del Acuerdo General presenta dos obstáculos para la adopción de medidas comerciales de protección ambiental: primero, en la determinación de la similitud de dos productos no se tiene en cuenta si existe una motivación ambiental legítima no proteccionista que permita diferenciar a las mercancías⁴⁹, y; segundo, se consideran generalmente fuera del ámbito material del artículo III los reglamentos basados en los

⁴⁸ R. Bhala, "The Myth About *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy)", *American University International Law Review*, Vol. 14, 1999, p. 936; R. Bhala, "The Power of the Past: Towards De Jure *Stare Decisis* in the WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)", *George Washington International Law Review*, Vol. 33, 2001, pp. 873-978.

⁴⁹ Aunque no hay criterio único para determinar la similitud de dos productos, por lo general se consideran la relación de competencia entre las mercancías, el uso final de un producto en un mercado determinado, los gustos y hábitos del consumidor; las propiedades físicas, calidad y naturaleza del producto; y la clasificación arancelaria. Los efectos ambientales no forman parte de los criterios válidos para determinar la similitud de dos mercancías. Véase Informe de 1970 del *Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera*. GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970.

procesos de producción no relacionados con los productos⁵⁰. Las diferencias que surjan con base en estos reglamentos serán resueltas aplicando el XI del Acuerdo General, donde serán consideradas violaciones *prima facie* de esta disposición. Estas interpretaciones pueden ser fundamento para que una medida comercial adoptada en el marco de un AMUMA sea declarada inconsistente con el Acuerdo General.

A) EL PROPÓSITO NORMATIVO Y EL CONCEPTO “PRODUCTO SIMILAR”

Una vez que dos productos son designados similares cualquier diferencia de trato, por ejemplo para proteger el medio ambiente, resulta incompatible con el artículo III⁵¹. Desde una perspectiva ambiental el problema es que el artículo III, en su interpretación actual, no permite que dos productos que difieren únicamente en sus efectos ambientales reciban un trato comercial distinto, aunque la discriminación entre éstos atienda a preocupaciones ambientales reales no proteccionistas. La propuesta interpretativa del artículo III de los partidarios de la *doctrina de los objetivos y efectos* facilitaría lograr un equilibrio entre las preocupaciones comerciales y ambientales.

La *doctrina de los objetivos y efectos* aboga por una interpretación textual del concepto “producto similar” que lleve a concluir que dos mercancías no son similares si la diferencia normativa atiende a motivaciones ambientales reales no proteccionistas⁵². Esta interpretación protege los intereses comerciales al ilegalizar las medidas proteccionistas al mismo tiempo que respeta las políticas ambientales legítimas de los países miembros. El examen de la legitimidad o ausencia de

⁵⁰ Informe del Grupo Especial del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún . . .*, *op. cit.*, párr. 5.13.

⁵¹ Véase Informe del Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*. GATT Doc. DS23/R – 39S/242 M, adoptado el 19 de junio de 1992, párr. 5.72.

⁵² R. Hudec, “GATT/WTO Constrains on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test”, *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3, Fall 1998, p. 627; R. Howse y D. Regan, “The Product/Process . . .”, *op. cit.*, pp. 260-261.

motivaciones proteccionistas debería hacerse a través del estudio del propósito normativo, es decir, de la buena fe subyacente en la aplicación de una medida. Cuando se habla de estudiar el propósito normativo estos autores no se refieren a indagar los impulsos colectivos (intención subjetiva) de los legisladores en el momento de aprobar una determinada ley, más bien se refieren al examen de la evidencia objetiva que pueda ayudar a determinar el motivo subyacente de la restricción comercial (intención objetiva), por ejemplo, la historia legislativa, las actas de congreso, las declaraciones, etc⁵³.

El análisis de la buena fe puede ser efectivamente introducido en el estudio sobre la similitud de dos productos a través de la interpretación textual de los términos del artículo III. En el sentido ordinario de la palabra, dos productos son similares si comparten ciertas características importantes para el propósito de comparación. Ahora bien, el propósito del artículo III queda establecido en su primer párrafo, que dispone que las medidas fiscales y reglamentarias interiores no deben ser utilizados de forma proteccionista. En esta línea de ideas, una interpretación del concepto “producto similar” a la luz del primer párrafo del artículo III debería llevar a concluir que lo que *similar* significa es no diferir en ningún aspecto que justifique un trato comercial distinto no proteccionista. Así, si un producto es diferenciado de otro por sus efectos ambientales no será contrario al artículo III, a menos que la preocupación ambiental sea falsa y se pretenda en realidad otorgar protección a los productores nacionales.⁵⁴

Las interpretaciones más recientes del Órgano de Apelación parecen moverse poco a poco en esta dirección, aunque aún falta coherencia en sus decisiones. El Órgano de Apelación reconoce que el principio general del párrafo 1 del artículo III - que prohíbe el proteccionismo- es el contexto para interpretar el resto del artículo III,

⁵³ R. Hudec, “GATT/WTO Constrains on National Regulation. . .”, *op. cit.*, pp. 631y 632. También D. Regan, “Regulatory Purpose and “Like Products” . . .”, *op. cit.*, pp. 458-464.

⁵⁴ R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction. . .”, *op. cit.*, p. 261.

incluido el concepto “producto similar”⁵⁵. No obstante, parece contradecir el sentido de otras decisiones en las que afirma que para garantizar que una medida cumpla con el primer párrafo del artículo III no es necesario un análisis separado que estudie si la restricción comercial es aplicada de forma proteccionista. En su opinión, basta un análisis de la similitud de dos productos y un estudio de si se han aplicado impuestos superiores a los productos importados que a los nacionales⁵⁶.

Para introducir el cambio interpretativo que proponen los partidarios de la *doctrina de los objetivos y efectos*, el Órgano de Apelación sólo tendría que ser coherente con la afirmación de que el principio general del párrafo 1 sirve para interpretar el concepto “producto similar”, y considerar el propósito normativo en el examen sobre el proteccionismo⁵⁷.

1. *La buena fe en la aplicación del primer párrafo del artículo III*

A diferencia de lo que sucede en la interpretación del concepto “producto similar”, el Órgano de Apelación en el análisis de los conceptos “productos competidores o sustitutos” de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III, reconoce que es necesario analizar si la medida es proteccionista como lo dispone el primer

⁵⁵ Véase Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R de fecha 12 de marzo de 2001, p. 41.

⁵⁶ Véase el Informe del Órgano de Apelación caso *Japón - Impuesto sobre las bebidas alcohólicas*. OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R de 4 de octubre de 1996, párr. H. 1. En opinión del Órgano de Apelación el objetivo trazado en el artículo III.1 se protege de forma implícita cuando se analiza si los productos son o no “similares”, y si lo son, si se han aplicado impuestos superiores a los productos importados que a los productos nacionales similares.

⁵⁷ Cabe mencionar que en un informe reciente, el Órgano de Apelación determinó que dos productos que diferían únicamente en los impactos sobre la salud de las personas no eran productos similares para los efectos del artículo III del Acuerdo General. Entre estos productos un trato comercial distinto se consideró justificado, ya que no había motivaciones proteccionistas implicadas. Parece no haber razón para que los efectos ambientales no sean considerados en la misma forma que los efectos en la salud al determinar la similitud de dos productos. Véase Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto*. . . , *op. cit.*, p. 64.

párrafo del artículo III⁵⁸. Sin embargo, el equilibrio entre los intereses comerciales y ambientales en este caso no se logra principalmente a causa del inadecuado enfoque que adopta el Órgano de Apelación al examinar si una medida es o no proteccionista. Para el Órgano de Apelación, aunque una medida comercial aplicada para proteger el medio ambiente haya sido adoptada de buena fe, es decir, sin intenciones proteccionistas, si tiene el *efecto* de afectar más a los productos extranjeros que a los domésticos será considerada proteccionista y, por lo tanto, contraria al Acuerdo General⁵⁹. Siendo que, por definición, una restricción comercial -justificada o no- tendrá el efecto de suprimir la demanda del producto extranjero incitando invariablemente una mayor producción doméstica de productos sustitutivos, los razonamientos del Órgano de Apelación servirían para descalificar prácticamente toda medida comercial de protección ambiental⁶⁰. Esta forma de analizar el proteccionismo favorece los intereses comerciales sobre los de protección ambiental. Si el Órgano de Apelación en la interpretación del párrafo 1 del artículo III considerara el estudio del propósito normativo en la forma sugerida anteriormente podría lograrse un equilibrio adecuado entre estos intereses.

2. *La protección del medio ambiente como un derecho positivo en el GATT*

En su forma actual, las normas del SMC, a efectos de proteger el medio ambiente, proveen básicamente derechos negativos a sus miembros; es decir, establecen en su artículo XX excepciones de las obligaciones generales que pueden relacionarse con la protección del medio ambiente. La propuesta de interpretación del artículo III antes mencionada, pretende introducir en las normas substantivas del

⁵⁸ Véase el Informe del Órgano de Apelación en el *caso Japón - Impuesto sobre las bebidas alcohólicas*. . . , *op. cit.*, párr. H.2.

⁵⁹ *Ibid.* párr. H.2. c).

⁶⁰ J. Atik, "Two Hopeful Readings of Shrimp-Turtle", *Yearbook of International Environmental Law*, 1998, Vol. 9, p. 8.

GATT derechos positivos de protección del medio ambiente que tendrían importantes consecuencias de orden procesal. Actualmente los países que invocan el artículo XX tienen la difícil carga de probar que se cumplen todas las condiciones en éste establecidas. En el supuesto de que la interpretación del concepto “producto similar” diera derecho a discriminar entre dos productos por sus distintos impactos en el medio ambiente –como se ha sugerido- no sería necesario recurrir al artículo XX en todos los casos. Por el contrario, en caso de que surgiera alguna diferencia, el país que argumentará violación a sus derechos derivados del Acuerdo General sería el que tendría que demostrar que a pesar de los distintos efectos en el medio ambiente la discriminación no está justificada⁶¹.

B) LA NECESIDAD DE REDEFINIR EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO III DEL GATT

Hasta el momento, las interpretaciones del artículo III del Acuerdo General no permiten discriminar entre productos con base en consideraciones que no afectan a sus características físicas, tales como los métodos y procesos de producción. Por un lado, el problema es que el ámbito material de aplicación del artículo III se limita a los reglamentos internos. Los Grupos Especiales han dicho que por virtud de la nota interpretativa del artículo III sólo las leyes que se apliquen a los productos nacionales y extranjeros *como tales* pueden ser reglamentos internos⁶². En otras palabras, las leyes que regulen los métodos y procesos de producción no son reglamentos internos, aunque se apliquen a los productos nacionales y extranjeros por igual. Por otro lado, una restricción comercial del tipo mencionado, que adopte la forma de impuesto

⁶¹ A. Ziegler, “WTO Rules Supporting Environmental Protection”, en: F. Weiss, D. Denters y P. De Waart (eds.), *International Economic Law With Human Face*, The Hague: Kluwer Law International, 1998pp. 221-222.

⁶² Informe del Grupo Especial del caso *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún. . .*, *op. cit.*, párr. 5.13.

violaría el párrafo 2 del artículo III y, si se basa en una ley o reglamento interno, violaría el párrafo 4 de esta misma disposición. El razonamiento utilizado para llegar a las conclusiones anteriores es que el artículo III hace referencia en repetidas ocasiones al término “producto”, de modo que no permite la discriminación basada en consideraciones que no afecten a los *productos como tales*⁶³. Esta interpretación impide que los gobiernos apliquen a los productos importados los impuestos y reglamentos que aplican a los productos domésticos con el fin de inhibir prácticas productivas con efectos negativos en el medio ambiente sin que se declare una violación del artículo III del Acuerdo General. Es importante destacar que este tipo de medidas son particularmente necesarias cuando, en ausencia de cooperación internacional, se trata de proteger el medio ambiente global no sujeto a la jurisdicción exclusiva de los Estados.

El único camino que quedaría a los Estados que buscan aplicar una restricción basadas en los procesos no relacionados con los productos por motivos ambientales, sería invocar el artículo XX. Esto implicaría que el país importador tendría la difícil tarea de probar que la medida en cuestión satisface los límites y condiciones del artículo XX, según la interpretación restrictiva que de sus términos realizan los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación.

1. *Las medidas basadas en los procesos de producción en el artículo III del GATT*

No está claro que el texto del artículo III prohíba las medidas basadas en los procesos y métodos de producción que no afectan las características físicas de los

⁶³ *Ibid*, párr. 5.11.

productos⁶⁴. De hecho, el texto del artículo III contiene ciertas frases que permitirían a los Grupos Especiales llegar a la conclusión contraria. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo III dispone, entre otras cosas, que los impuestos, reglamentos y prescripciones que afectan a la venta, la oferta para la venta o la compra de productos no deberán aplicarse a los productos importados de forma que se proteja a la producción nacional. Algunos autores sostienen que una interpretación literal de la frase “*afectan a la venta ... de productos*” comprende cualquier impacto perjudicial a la venta de productos⁶⁵. Una restricción comercial, incluidas las que se basan en los procesos o métodos de producción que no afectan las características físicas de los productos, tiene por efecto principal impedir o por lo menos encarecer la venta de los productos sujetos a la restricción comercial. En ese sentido, el impuesto o reglamento en que esté basada la restricción comercial de los productos cuyos procesos de producción perjudican al medio ambiente, sin duda afectará a la venta de los productos y, por lo tanto, podría encontrarse comprendida dentro de las medidas a las que hace referencia el primer párrafo del artículo III⁶⁶. Esta interpretación permitiría comprender en el ámbito material de la nota interpretativa del artículo III los reglamentos aplicados en la frontera basados en los procesos o métodos de producción, evitando que sean remitidos al artículo XI, en donde serían considerados violaciones *prima facie* del GATT, haciendo depender su legalidad del artículo XX.

Partiendo de la base de que el artículo III no contiene una prohibición al uso de las restricciones comerciales basadas en los procesos o métodos de producción,

⁶⁴ S. Charnovitz, “The Law of Environmental “PPMS” in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, Winter 2002, pp. 77 y 78.

⁶⁵ R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction. . .”, *op. cit.*, p. 252. R. Hudec, “The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence”, en: M. Broekers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 194. En contra S. Gaines, “Process and Production Methods. . .”, *op. cit.*, pp. 412-421. J. Jackson, “Comments on Shrimp/Turtle and the Product/Process Distinction”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, pp. 303-307.

⁶⁶ R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction. . .”, *op. cit.*, pp. 454-456.

parece no haber razón para hacer depender la justificación de este tipo de medidas del cumplimiento de las condiciones del artículo XX, cuando esta disposición es interpretada de forma tan restrictiva. Es preferible, por lo tanto, que el artículo III dé un sentido literal a sus términos, de modo que se reconozca que esta disposición no contiene una prohibición *a priori* de las medidas basadas en los procesos o métodos de producción que no afectan a las características físicas de los productos.

2. *Los límites a las medidas basadas en los procesos y métodos de producción*

Una interpretación del artículo III que no prohíba el uso de las restricciones comerciales basadas en los procesos y métodos de producción que no afectan a las características físicas de los productos no tiene que ser necesariamente un cheque en blanco para el uso de restricciones comerciales de protección ambiental, ya que su legalidad seguiría dependiendo de si son o no proteccionistas⁶⁷. En este contexto, las medidas que se adopten por razones económicas deberán prohibirse. Por ejemplo, el artículo III debe prohibir la aplicación de restricciones del tipo que nos ocupa cuando el país importador pretende contrarrestar una ventaja competitiva de los productos importados generada por el aumento en los costos de producción de los productores nacionales en razón del cumplimiento de una ley de protección ambiental que regula los procesos de producción (nivelación del campo de juego)⁶⁸. En este supuesto, el propósito de la medida no es la protección ambiental, sino proporcionar protección a los productores nacionales frente a la ventaja competitiva considerada injusta.

Por otro lado, las medidas que discriminan entre productos con motivo de su nacionalidad u origen también pueden hacer surgir dudas sobre la legitimidad de los

⁶⁷ Véase el artículo III.1 del GATT.

⁶⁸ S. Charnovitz, "The Law of Environmental "PPMS" . . .", *op. cit.*, p. 106. Véase también R. Hudec, "Differences in National Environmental Standards: the Level-Playing-Field dimension", *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 5, Winter 1996, p. 11.

motivos subyacentes en la adopción de la restricción comercial, ya que si son los métodos de producción los que se consideran perjudiciales para el medio ambiente, no parece haber razón para que la restricción comercial se formule en términos de países. Por este motivo, las restricciones comerciales deben ser, en la medida de lo posible, neutrales con el origen, de forma tal que sólo los productores que utilicen los métodos de procesos de producción que sean considerados inadecuados desde un punto de vista ambiental sean sujetos a la restricción en cuestión.

Adicionalmente, la práctica indica que las medidas comerciales neutrales respecto del origen, para evitar ser tildadas de proteccionistas, deberán estar formuladas en términos de estándares de desempeño, evitando los estándares de diseño. Los estándares de diseño identifican un bien ambiental a proteger, establecen un nivel de protección y además el método ineludible por el que los Estados deben lograr el nivel de protección del objetivo ambiental para poder exportar sus productos al país que impone la medida. Por otro lado, los estándares de desempeño son más flexibles, identifican un bien ambiental a proteger, también identifican el nivel de protección que consideran adecuado pero, a diferencia de los estándares de diseño, los miembros pueden elegir los medios para lograr el nivel de protección elegido por el país que aplica la medida.⁶⁹

III. UN CAMBIO EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

En un momento se pensó que si se lograba introducir la consideración del propósito normativo en el artículo III en la forma propuesta por los partidarios de la *doctrina del análisis de los objetivos y efectos* se privaría de utilidad al artículo XX.

⁶⁹ *Ibid.* p. 107.

Se dijo, por ejemplo, que si en una medida se encontraban motivaciones proteccionistas, se violaría el artículo III, pero también el XX en donde no podría justificarse por ser una restricción encubierta al comercio. Por otro lado, si en la medida no se encontraban motivaciones proteccionistas, la restricción comercial quedaría amparada por el artículo III sin necesidad de ser remitida al artículo XX.⁷⁰

Ahora bien, no es del todo cierto que al considerar el propósito normativo en el artículo III se prive utilidad al artículo XX, pues aún podría ser aplicable en la violación de los artículos I y XI en donde el propósito normativo no juega ningún papel o en los casos en los que las restricciones impliquen discriminación de origen o de sanciones⁷¹. Sin duda, lograr un equilibrio entre los objetivos comerciales y ambientales, independientemente de los cambios en la interpretación del artículo III, se vería facilitado si se eliminaran los obstáculos que impiden el buen funcionamiento del artículo XX.

A) EL RECONOCIMIENTO DE LOS LÍMITES Y LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

En el capítulo sexto observamos que, en la práctica, el artículo XX se interpreta restrictivamente a consecuencia de que sus excepciones son consideradas limitadas y condicionadas a las obligaciones sustantivas contenidas en el Acuerdo General⁷². En esta línea de ideas, el Órgano de Apelación precisó que para evitar el abuso de las excepciones es necesario ubicar una línea de equilibrio entre el derecho del país importador a invocar las excepciones del artículo XX y los derechos de los

⁷⁰ Informe del Grupo Especial del caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*. . . , *op. cit.*, párr. 6.17.

⁷¹ R. Howse y D. Regan, “ The Product/Process Distinction. . . ”, *op. cit.*, pp. 454-456. Véase también informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. . . , *op. cit.*, pp. 51- 52.

⁷² Véase por ejemplo Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 156.

miembros exportadores conformes a las normas substantivas del Acuerdo General, como el artículo XI, de modo que los derechos no se anulen entre sí⁷³. Esta forma de interpretar el artículo XX, además de romper con la lógica más elemental del funcionamiento de las excepciones, puede afectar seriamente los intereses de protección ambiental de los países miembros, toda vez que permitiría a los Grupos Especiales o al Órgano de Apelación declarar contrarias al Acuerdo General prácticamente todas las restricciones comerciales adoptadas por razones ambientales. Cuando un miembro invoca el artículo XX es para justificar una medida que se encuentra en conflicto con otras normas del GATT. Si el Órgano de Apelación considera que el uso de las excepciones no debe afectar los derechos de los miembros en virtud de normas como el artículo XI, entonces siempre que se invoque una excepción será posible negar los beneficios del artículo XX precisamente porque la medida incumple las obligaciones de las que pretende excepcionarse.

Para establecer un equilibrio entre los intereses comerciales y ambientales en la OMC es necesario que se reconozca que el recurso a las excepciones generales se encuentra limitado a los objetivos de orden público expresamente señalados en los incisos de la a) a la j) del artículo XX, y condicionado a que se cumplan los parámetros establecidos en la cláusula introductoria⁷⁴. No es necesario que se realice ningún equilibrio de derechos adicional si el artículo XX es aplicado debidamente. Cuando una medida busca lograr alguno de los objetivos de orden público comprendido en los incisos de la a) a la j) y además no constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre países en los que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación deberían reconocerle la calidad de excepción en

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ D. Mcrae, "GATT Article XX and the WTO Appellate Body", en: M. Broekers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Great Britain: Kluwer Law International, 2000, p. 230.

virtud del artículo XX respecto de otras normas substantivas del GATT. Este cambio sólo requiere la voluntad de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación para interpretar el texto del artículo XX en el sentido ordinario de sus términos.

B) LA INTERPRETACIÓN SOSTENIBLE DE LOS INCISOS B) Y G) DEL ARTICULO XX DEL GATT

Después de más de una década de discusiones y diferencias entre socios comerciales sigue sin respuesta la cuestión que hizo surgir el debate *comercio-medio ambiente* que conocemos hoy. Aún no se sabe a ciencia cierta si los incisos b) y g) del artículo XX pueden ser invocados para proteger elementos ambientales respecto de los cuales el país importador no tiene un nexo jurisdiccional y que se encuentran amenazados por las prácticas productivas bajo el control del país exportador⁷⁵.

El Órgano de Apelación, en el asunto *Camarón-Tortugas*, ha reconocido que el artículo XX no imposibilita *a priori* la justificación de una medida que exige a los países exportadores que cumplan o adopten una política unilateralmente prescrita por el país importador⁷⁶. Aunque con este pronunciamiento el Órgano de Apelación reconoce implícitamente que las medidas basadas en los procesos de producción o en las políticas ambientales deficientes de los países exportadores pueden justificarse en el artículo XX, la incertidumbre respecto al ámbito espacial que cubren las excepciones del artículo mencionado no se resuelve⁷⁷. De hecho, el Órgano de

⁷⁵ P. O'Brien, "Unilateral Environmental Measures After the WTO Shrimp-Turtle Decision", en: E. Brown Weiss y J. Jackson: *Reconciling Environment and Trade*, New York: Transnational Publishers, 2001, pp. 470-471; F. Biermann, "The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North and South Conflict", *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 3, June 2001, p. 436.

⁷⁶ *Cfr.* Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones*. . . , *op. cit.*, párr. 121.

⁷⁷ B. Simmons, "In Search of Balance: An Analysis of the WTO Shrimp/Turtle Appellate Body Report", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 24, 1999, p. 440. También véase C. Wofford, "A Greener Future at the WTO: The Refinement of WTO Jurisprudence on Environmental Exceptions to GATT", *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 24, 2000, No. 2, p. 584. En contra véase H.

Apelación se negó expresamente a hacer un pronunciamiento sobre si existe o no una limitación jurisdiccional en el inciso g) del artículo XX. En dicho caso, el Órgano de Apelación también dijo que la medida que se analizaba encontraba justificación provisional en el inciso g), porque entre el país que aplicaba la medida y el bien ambiental a proteger existía un *vínculo suficiente* -presumiblemente de naturaleza jurisdiccional⁷⁸. Esta situación hace surgir la duda de si el vínculo jurisdiccional es una condición previa para la válida aplicación de una restricción comercial⁷⁹. Por lo tanto, precisar qué constituye un *vínculo suficiente* es esencial para determinar la condición legal de las medidas comerciales con efectos extraterritoriales⁸⁰.

1. *La interpretación de la frase “vínculo suficiente”*

Si se interpreta que el vínculo requerido por el Órgano de Apelación es de naturaleza jurisdiccional, quedaría excluida la posibilidad de aplicar medidas comerciales para la protección de animales o plantas fuera de la jurisdicción nacional en ausencia de migración o movimiento transfronterizo⁸¹. Por otro lado, ya que el Órgano de Apelación no definió expresamente qué tipo de vínculo es requerido para la válida aplicación de una restricción comercial, se podría interpretar que éste no es de naturaleza jurisdiccional y requiere simplemente que haya una conexión de importancia entre el daño ambiental y el país importador. Esta interpretación del artículo XX permitiría el uso de las restricciones comerciales con efectos

Chang, “Toward a Greener GATT: Environmental Trade Measures and the Shrimp-Turtle Case”, *Southern California Law Review*, Vol. 74, November 2000, p. 36.

⁷⁸ Véase Informe del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones* . . . *op. cit.*, párr. 133.

⁷⁹ B. Simmons, “In Search of Balance. . .”, *op. cit.*, p. 440.

⁸⁰ I. Cheyne, “Trade and the Environment: the Future of Extraterritorial Unilateral Measures after the Shrimp Appellate Body”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 2000, No 5. Disponible en <http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue5/cheyne5.html>.

⁸¹ B. Neuling, “The Shrimp-Turtle Case: Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 22, No. 1, 1999, pp. 45-46.

extraterritoriales para proteger los bienes globales cuya sostenibilidad esté amenazada, estableciendo al mismo tiempo algunas limitaciones. Por ejemplo, cuando las actividades de terceros países amenazan la sostenibilidad de algún recurso natural compartido, cualquier país podría sentirse directamente afectado por la posible extinción o agotamiento del recurso natural en cuestión. En casos como éste, se podría válidamente argumentar que existe un vínculo suficiente entre el país importador y el daño ambiental causado por el país exportador que permitiría aplicar una restricción comercial⁸². Este razonamiento no sería únicamente aplicable entre Estados parte en un AMUMA, sino también a las diferencias que involucren a terceros Estados no vinculados a los acuerdos de protección ambiental. Es importante señalar que sólo cuando existe una amenaza para la sostenibilidad del elemento ambiental en cuestión se podría generar el nexo suficiente que legitime una restricción comercial, pues tratándose de bienes comunes, el disfrute de los mismos -salvo convenio en contrario- no tiene limitación, al menos no la tiene hasta que los derechos de otros países de la comunidad internacional se ven afectados⁸³. Esta interpretación podría ser apoyada en el compromiso con el *desarrollo sostenible* del preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC⁸⁴.

En algunos casos excepcionales, existirá un vínculo suficiente entre los países importadores y los bienes ambientales ubicados dentro del espacio territorial de los países exportadores que permitirían el uso de medidas comerciales que busquen protegerlos. Por ejemplo, la conservación de la diversidad biológica de flora y fauna

⁸² F. Biermann, "The Rising Tide of Green Unilateralism. . .", *op. cit.*, p. 431.

⁸³ D. Esty, *El Reto Ambiental de la Organización Mundial de Comercio: Sugerencias para una Reconciliación*, Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2001, p. 181.

⁸⁴ En la primera parte de este capítulo mencionamos que para dotar de contenido al concepto desarrollo sostenible es necesario tomar en cuenta los principios de Derecho internacional del medio ambiente y los acuerdos multilaterales de protección ambiental. Véase G. Marceau, "A Call for Coherence in International Law: Praises for Prohibition Against "Clinical Isolation" in the WTO Dispute Settlement", *Journal of World Trade*, Vol. 33, No.5, October 1999, pp. 107-109. M. Schoenbaum, "The Decision in the Shrimp - Turtle Case", *Yearbook of International Environmental Law*, 1998, Vol. 9, pp. 37-38.

ha sido calificada por la mayor parte de la comunidad internacional (157 países) como *interés común* de la humanidad⁸⁵. Sin duda, cuando la sostenibilidad de la flora y fauna se encuentre amenazada, aunque se ubique dentro de la jurisdicción del país exportador, al menos 157 países tendrán un interés en su conservación que podrá ser considerado un vínculo suficiente para aplicar restricciones comerciales para protegerlos.

Esta interpretación es respetuosa del principio de Derecho internacional que reconoce el derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos naturales conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo⁸⁶. Aunque las restricciones comerciales pueden influir en las decisiones de política que adoptan terceros Estados, en sentido estricto, no obligan a la adopción de una determinada política de conservación. Por ejemplo, si un país desea exportar productos al país que ha impuesto la restricción comercial, adoptará las políticas de conservación del medio ambiente requeridas por el país importador como condición para autorizar la entrada de productos extranjeros a su mercado. Ahora bien, si decide seguir con sus actividades insostenibles, podrá hacerlo a pesar de la restricción comercial, únicamente no podrá exportar la mercancía relacionada con la actividad peligrosa para el medio ambiente a los países importadores que no deseen participar -aportando mercado- en las actividades insostenibles⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. Preámbulo de la Convención sobre la biodiversidad biológica. El texto del convenio puede ser consultado en: A. Remiro, C. Izquierdo, C. Epósito y S. García, *Derecho Internacional [Textos y otros documentos]*, Madrid: McGraw-Hill, 2001, pp. 1303-1320.

⁸⁶ Principio 21 de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano* de 16 de junio de 1972 (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1).y principio 2 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, de 14 de Junio de 1992. (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1). La Resolución 3171 (XXVIII) de la Asamblea General del año 1973, ratificando el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales: “el derecho inalienable de los Estados a la soberanía permanente sobre los recursos naturales de la tierra comprendida dentro de sus fronteras internacionales, así como los de los fondos marinos y de su subsuelo situados dentro de la jurisdicción nacional y en las aguas suprayacentes”.

⁸⁷ R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction . . .”, *op. cit.*, p. 275.

Adicionalmente, conviene recordar que, aunque el Derecho internacional reconoce el derecho soberano de todos los Estados a explotar los recursos naturales localizados dentro de su jurisdicción en la forma que consideren más adecuada, también impone un límite a este derecho prohibiendo que las actividades que tengan lugar dentro del territorio de un Estado causen daños ambientales transfronterizos o globales⁸⁸. Cuando una especie animal o una variedad vegetal deja de existir a causa de las políticas de explotación del país en el cual se ubican, el daño producido por la pérdida del recurso natural traspasará fronteras al afectar el interés común del resto de la comunidad internacional. En ese sentido, el daño será transfronterizo creando un vínculo suficiente entre el país importador cuyo interés se ve afectado y el elemento ambiental que precisa de protección.

2. *El límite de las medidas con efectos extraterritoriales*

Al enfocarse en el aspecto más objetivo del daño ambiental como es la sostenibilidad de los recursos, la interpretación propuesta permite evitar que algunos miembros apliquen restricciones comerciales con base en consideraciones éticas o morales para proteger bienes ambientales cuya sostenibilidad no esté en riesgo y se localicen fuera de su jurisdicción. En cualquier caso, sería interesante -como sugiere D. Esty- que cuando se apliquen restricciones comerciales en casos como el anterior y, a pesar de ser contrarias a las normas del Acuerdo General, se adoptara un mecanismo de pago de compensación del tipo establecido en el artículo XXIII del

⁸⁸ Este principio fue reconocido por primera vez en 1941 en el arbitraje del asunto *Trail Smelter*, más tarde en 1972 en la Declaración de Estocolmo y, en 1992 en la Declaración de Río. Recientemente, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares dijo que la obligación general de los Estados para asegurar que las actividades llevadas a cabo en su jurisdicción y bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados o áreas fuera del control nacional, es actualmente parte del conjunto del Derecho internacional sobre medio ambiente. Véase *Licéite de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, párr. 29.

GATT⁸⁹. Así, los países que den mucha importancia al respeto de su filosofía moral podrán aplicar restricciones comerciales, siempre y cuando se garantice por medio del pago de la compensación que no se afectarán los intereses económicos de otros países que simplemente no comparten los mismos valores.

C) LOS ELEMENTOS PARA DETERMINAR CUÁNDO LA DISCRIMINACIÓN ESTÁ JUSTIFICADA

La cláusula introductoria del artículo XX permite las medidas comerciales discriminatorias no arbitrarias o que puedan justificarse, o bien, la discriminación entre países que presentan condiciones distintas. La jurisprudencia del GATT/OMC aún no ha desarrollado ningún estándar claro de racionalidad que permita determinar cuándo la discriminación puede justificarse o no es arbitraria. No obstante, ha rechazado categóricamente las iniciativas de algunos países en ese sentido. Cuando en el asunto *Camarón-Tortugas* Estados Unidos sugirió que la política de la excepción del artículo XX podría ser la base para determinar la justificación de una diferencia de trato comercial a los productos de diferentes países, el Órgano de Apelación negó razón a tales argumentos y dejó claro que, en su opinión, el objetivo de la medida se analiza en el momento de determinar si se justifica provisionalmente en los incisos b) y g), pero no podía ser la base para establecer su justificación a la luz del preámbulo del artículo XX⁹⁰. Como ya hemos mencionado, con esta interpretación el Órgano de Apelación priva al preámbulo del único punto de referencia que permitiría aplicar

⁸⁹ D. Esty, *El Reto Ambiental de la Organización Mundial de Comercio. . .*, *op. cit.*, pp. 175-176. Para otro argumento que apoya la idea del pago de compensación en la aplicación de restricciones comerciales para proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción Véase J. Atik, “Two Hopeful Readings. . .”, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones. . .*, *op. cit.*, párr. 149.

debidamente la exigencia de justificar una discriminación en el contexto del artículo XX.

A diferencia de lo que opina el Órgano de Apelación, S. Gaines sostiene que las únicas condiciones pertinentes para determinar que entre dos países no existen las mismas condiciones y, por lo tanto, que un trato diferente entre los mismos no es arbitrario o injustificado, deben tener una relación directa con el objetivo de orden público que se pretende lograr⁹¹. Sería ilógico que cuando se analiza una medida para determinar si encuentra justificación en el artículo XX se tengan en cuenta condiciones imperantes en los distintos países que no guardan relación con el elemento ambiental que se desea proteger. Por ejemplo, una restricción comercial aplicada para proteger recursos naturales agotables debe poder discriminar entre distintas naciones dependiendo de factores relevantes para el objetivo de conservación, verbigracia si existe el recurso a proteger en el país afectado por la medida, o si sus políticas de conservación son efectivas. Por otro lado, una restricción comercial para proteger un recurso natural agotable que discrimina con base en condiciones prevalecientes entre países que no tiene relación con el objetivo de protección, por ejemplo, con base en las diferencias en la estabilidad política entre los países, sería injustificable. De este modo y, a diferencia de lo que sostiene el Órgano de Apelación, para evaluar cuando una medida da lugar a una "discriminación injustificable entre países en los que prevalezcan las mismas condiciones" es necesario tener en cuenta si ese trato diferente entre países se refiere al objetivo de política de la excepción aplicable del artículo XX.

⁹¹ S. Gaines, "The WTO's Reading of the GATT Article XX Chapeu: A Disguised Restriction on Environmental Measures", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Winter 2001, p. 780.

Capítulo XII

**LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE NATURALEZA LEGISLATIVA: UNA
OPCIÓN PARA FAVORECER EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

La adopción de medidas de naturaleza legislativa puede ser un instrumento efectivo para forjar los cambios necesarios en las normas del Sistema Multilateral de Comercio (SMC) con el fin de lograr que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente de conformidad con el objetivo del desarrollo sostenible¹. En relación con esta opción de modificación de las obligaciones comerciales conviene apuntar que en el marco de toma de decisiones de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se ha abierto una pequeña ventana para tratar temas ambientales.

Por primera vez en la historia del régimen del comercio internacional, la denominada *Ronda del Desarrollo*, incluye en su programa de trabajo temas relacionados con la protección del medio ambiente². No obstante, es importante no perder de vista que las soluciones que pueden resultar de esta Ronda para los problemas que enfrentan a los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) con el régimen del comercio internacional, en el mejor de los casos, serán limitadas, pues quedaron excluidos de su mandato los puntos más espinosos. La Declaración Ministerial de Doha únicamente ordena analizar la relación existente entre las normas de la SMC y las restricciones comerciales específicamente autorizadas por AMUMA que se aplican entre países parte en dichos acuerdos. Quedan así fuera del mandato, no sólo las medidas unilaterales, sino también las medidas comerciales no específicas o las

¹ WTO Secretariat, *Trade, Development and the Environment*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 46.

² Véase párrafo 31, (i) de la *Declaración Ministerial de Doha*, 9-14 de noviembre de 2001. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 20 de noviembre de 2001.

específicas que se aplican a Estados no parte en el AMUMA³. Las anteriores razones inducen a pensar que la solución negociada a las posibles interacciones negativas en este campo tendrá que esperar a que futuras rondas incluyan un mandato más amplio y que los países miembros acudan a la mesa de negociaciones con la voluntad de adquirir compromisos.

Pese a que esta técnica de modificación de las obligaciones comerciales no parece ser una solución a corto plazo de estos problemas, es importante señalar que los cambios que pueden resultar de una negociación aportarían mayor previsibilidad, legitimidad y certeza jurídica al régimen internacional del comercio que la que podría lograrse a través del activismo judicial. Adicionalmente, siendo que los problemas que derivan de la relación entre los AMUMA y las normas de la OMC afectan a toda la comunidad internacional, lo más indicado sería que todos los países participaran en condiciones de igualdad en la formulación de las normas que habrán de regular la relación entre estos campos⁴.

Este capítulo está dedicado a analizar las distintas posibilidades que presenta la adopción de medidas de naturaleza legislativa como técnica para corregir el desequilibrio entre las políticas comerciales y ambientales con el fin de favorecer el desarrollo sostenible. Para tal efecto se estudia la viabilidad de realizar modificaciones a las obligaciones comerciales del SMC a través de enmiendas formales de los distintos acuerdos, de la adopción de interpretaciones definitivas de los acuerdos comerciales, exenciones de las obligaciones comerciales, de la firma de acuerdos internacionales y de la adopción de líneas directrices. Aunque las modificaciones que pueden lograrse son prácticamente ilimitadas, al ocuparnos de cada una de las técnicas descritas incluimos

³ *Idem.*

⁴ Véase S. Shaw y R. Schwartz, "Trade and the Environment in the WTO: State of Play", *Journal of World Trade*, Vol. 36, No.1, 2002, p. 153.

algunas propuestas concretas de cambios a las normas del régimen del comercio internacional con el fin de reflejar la diversidad de alternativas posibles.

I. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE NATURALEZA LEGISLATIVA DE ALCANCE GENERAL

Algunos países miembros de la OMC consideran que no hace falta cambiar las normas de la OMC para compaginarlas con las medidas comerciales previstas en los AMUMA. Sostienen que el *statu quo* de las normas, en particular las excepciones ambientales del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), reproducido parcialmente en el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), ofrecen un margen suficiente para aplicar las medidas comerciales previstas en los AMUMA de manera compatible con la OMC. Así, estos miembros afirman que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC tendrá capacidad de sobra para entender de las diferencias relacionadas con los AMUMA que puedan plantearse en el futuro⁵.

No obstante, para otros países la relación de las normas de la OMC y los AMUMA dista mucho de ser clara y sostienen que sería equivocado dejar a los Grupos Especiales o al Órgano de Apelación resolver una cuestión tan espinosa. En su opinión, es preferible que el acercamiento entre las normas de la OMC y los AMUMA se procure a través de la negociación en donde todos los Estados parte puedan participar en condiciones de igualdad⁶.

⁵ CCMA en Sesión Extraordinaria, *Los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) y las normas de la OMC; propuestas realizadas en el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de 1995 a 2002*. OMC Doc. TN/TE/S/1, 23 de mayo de 2002, párr. II.1.

⁶ Véase CCMA, *Aclaración de la relación entre la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente - Comunicación de Suiza*. OMC Doc. WT/CTE/W/139, 19 de octubre de 2000, párr. 5; CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) - Comunicación de Suiza*. OMC Doc. WT/CTE/W/139, 8 de junio de 2000, párr. 7.

A) LAS ENMIENDAS FORMALES DE LAS NORMAS DEL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

Es posible que a través de enmiendas formales del GATT y otros Acuerdos de la OMC los países miembros introduzcan en el régimen del comercio internacional los cambios necesarios para facilitar el apoyo mutuo entre los acuerdos comerciales y los AMUMA. En teoría, las posibilidades que ofrece esta técnica para introducir cambios en el SMC son ilimitadas. No obstante, satisfacer las condiciones procedimentales para la adopción de una enmienda no es sencillo.

1. *El procedimiento de enmienda*

El artículo X del Acuerdo por el que se establece la OMC regula el procedimiento de enmienda de los acuerdos comprendidos en su Anexo I, entre los que se encuentran el GATT, el AGCS, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), el AGCS y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC)⁷. Los miembros y los consejos encargados de supervisar los acuerdos del Anexo I tienen competencia exclusiva para presentar propuestas de enmiendas de tales acuerdos a la Conferencia Ministerial⁸.

El procedimiento de enmienda es complejo y se compone de dos fases. En la primera fase, el Consejo Ministerial decide preferentemente por consenso, o en su defecto, con la aprobación de dos terceras partes del total de miembros de la OMC, si la

⁷ Estos acuerdos están reproducidos y pueden consultarse en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Secretaría del GATT, 1994.

⁸ Véase artículo X.1 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC -firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 (BOE, 24 de enero de 1995, No. 20).

enmienda propuesta se somete o no a la aceptación formal de los miembros⁹. Una vez satisfechos los requisitos procedimentales anteriores se pasa a la segunda fase que consiste en decidir sobre la aceptación definitiva de la enmienda propuesta. Para surtir efecto las propuestas de enmienda de los artículos I y II del Acuerdo General, del artículo II.1 del AGCS y del artículo 4 del Acuerdo sobre los ADPIC, requieren del consentimiento unánime de todos los miembros¹⁰.

Las propuestas de enmienda de otras disposiciones del Acuerdo General, o de los Acuerdos sobre (MSF) y (OTC), en los casos en que la enmienda no afecta los derechos y obligaciones de los miembros, entra en vigor para todos los miembros una vez haya sido aceptada por dos terceras partes de los miembros¹¹. Cuando la naturaleza de una enmienda tiene el efecto de alterar los derechos y obligaciones de los miembros respecto del acuerdo en cuestión, el miembro que se niegue a aceptarla no quedará obligado por ésta¹². Del mismo modo, las enmiendas aprobadas por tres cuartas partes de los miembros relativas a la Parte I, II y III del AGCS y de sus correspondientes Anexos surten efectos entre aquellas partes que las aceptaron y si son enmiendas relativas a las Partes IV, V y VI o a sus correspondientes Anexos vinculan a todos los

⁹ La nota al pie del artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC dispone que se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso si ningún miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión se opone formalmente a ella. Esta definición de consenso afecta principalmente a los países más pobres que no siempre podrán costear el envío de representantes a todas las negociaciones. Los países más ricos, que sin duda tendrán siempre representación en las negociaciones de importancia, podrían aprovechar esta situación para imponer sus decisiones a otros miembros.

¹⁰ Artículo X.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC. Es importante decir que existe una excepción que permite a la Conferencia Ministerial adoptar, sin otro proceso de aceptación formal, las enmiendas del Acuerdo sobre los ADPIC que satisfagan los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 71 de este último acuerdo (Artículo X.6). El artículo 71.2 del Acuerdo sobre los ADPIC textualmente dispone: “. . .Las modificaciones que sirvan meramente para ajustarse a niveles más elevados de protección de los derechos de propiedad intelectual alcanzados y vigentes en otros acuerdos multilaterales, y que hayan sido aceptadas en el marco de esos acuerdos por todos los Miembros de la OMC podrán remitirse a la Conferencia Ministerial para que adopte las medidas que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo X del Acuerdo sobre la OMC sobre la base de una propuesta consensuada del Consejo de los ADPIC. . .”.

¹¹ *Ibid.*, artículo X.4.

¹² *Ibid.*, artículo X.3.

miembros, incluidos los que no las aceptaron¹³. En caso de que una enmienda no sea vinculante para un Estado que no la ha aceptado, puede decidirse por tres cuartas partes del voto total de los miembros, que los miembros que no aceptan la enmienda deba permitírseles retirarse del acuerdo y de la organización, salvo autorización de la Conferencia Ministerial de permanecer como miembros¹⁴.

Uno de los principales problemas con esta técnica es que es difícil lograr la unanimidad requerida para algunas enmiendas. Prueba de ello es que nunca se ha conseguido. Los miembros de la OMC son muy numerosos y la exigencia del consenso implica que cada nación puede vetar una propuesta de enmienda. En el mejor de los casos la iniciativa se vería reducida al mínimo común denominador de los distintos puntos de vista que no necesariamente representaría un equilibrio adecuado de los intereses comerciales y de protección ambiental¹⁵. Otro problema es que las enmiendas del GATT o de los Acuerdos OTC y MSF que modifican los derechos y obligaciones de los miembros, así como las relativas a la Parte I, II y III del AGCS o de sus correspondientes Anexos, no obligan a aquellos miembros que no las aceptan. Aunque en principio es posible requerir a un miembro que no acepte una enmienda de estas características que abandone la organización si así es decidido por el voto de las tres cuartas partes de los miembros, es poco probable que de esta manera se pueda forzar a los países más fuertes a aceptar una alteración en sus derechos y obligaciones, pues se correría el riesgo de afectar -e incluso colapsar- el régimen del comercio internacional si alguno de los socios comerciales más importantes decide retirarse. No es extraño por lo

¹³ *Ibid.*, artículo X.5

¹⁴ Esta norma es aplicable tanto a las enmiendas sobre disposiciones del GATT, del Acuerdo OTC, del Acuerdo MSF cuando no se afecten los derechos de otros miembros, como de las enmiendas sobre disposiciones de la Parte I, II y III del AGCS y de sus correspondientes Anexos. *Ibid.*, párrs. 3 y 5 del artículo X.

¹⁵ J. Jackson, "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?", *Washington & Lee Law Review*, Vol. 49, Fall 1992, pp. 1270-1271.

tanto que algunos autores como J. Jackson aseguren que los socios comerciales más influyentes tienen un derecho de veto *de facto*¹⁶.

En cualquier caso, y pese a las dificultades que se presentan a la hora de su adopción, se debe reconocer que de ser necesarios cambios radicales en las normas de la OMC, sin duda la técnica de las enmiendas sería la opción más apropiada. A continuación exponemos dos opciones de enmienda de distintos acuerdos que han sido propuestos por los miembros de la OMC y por la doctrina con el fin de eliminar algunos de los obstáculos que actualmente tienen las medidas comerciales aplicadas para lograr los objetivos de algunos AMUMA.

2. *La introducción de una cláusula de conflicto*

Al igual que algunos países, K. C. Kennedy afirma que el modelo del artículo 104 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) podría ser utilizado en la OMC para clarificar su relación con los AMUMA¹⁷. Este acuerdo comercial, además de incorporar por referencia en su artículo 2101 las excepciones ambientales de los incisos b) y g) del artículo XX del GATT¹⁸, contiene, en su artículo 104, una cláusula de conflicto que hace prevalecer sobre las disposiciones del TLCAN a las obligaciones específicas en materia comercial de la Convención sobre el Comercio

¹⁶ J. Jackson, *The World Trading System*, Second Edition, London: The MIT Press, 1997, p. 73.

¹⁷ K. C. Kennedy, "Why Multilateralism Matters in Resolving Trade-Environment Disputes", *Widener Law Symposium Journal*, Vol. 7, Spring 2001, pp. 65-66; CCMA, *La relación entre las disposiciones del Sistema Multilateral de Comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente - Comunicación de Nueva Zelanda*. OMC Doc. WT/CTE/W/20, 15 de febrero de 1996, párr. 22. Véase también D. Kalderimis, "Problems of WTO Harmonization and the Virtues of Shields over Swords", *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 13, Summer 2004, p. 350.

¹⁸ El artículo 2101, bajo el rubro de *Excepciones generales*, en lo conducente textualmente dispone: "se incorporan a este Tratado y forman parte integrante del mismo el Artículo XX del GATT y sus notas interpretativas [...]. Las Partes entienden que las medidas a que se refiere el Artículo XX b) del GATT incluyen medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que el Artículo XX g) del GATT se aplica a medidas relacionadas con la conservación de recursos naturales no renovables, vivientes o no". *Cfr.* El artículo 2101 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado por los Estados Unidos México y Canadá, publicado en el Diario Oficial de la Federación (México) el 12 de diciembre de 1993 (en lo sucesivo TLCAN).

Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono y el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación¹⁹. Las obligaciones ambientales de estos acuerdos prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que sean, de las medidas razonablemente disponibles e igualmente eficaces para lograr el nivel de protección deseado, las que presenten menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del TLCAN²⁰. Es claro entonces que se trata de una cláusula de conflicto condicionada al cumplimiento de lo que en la OMC se conoce como la “prueba de necesidad” del inciso b) del artículo XX del GATT, que se cumple igualmente sólo si la medida adoptada es, de las opciones existentes que permiten lograr el nivel de protección deseado, la menos restrictiva para el comercio²¹. Por otro lado, conviene decir que aunque la lista de AMUMA del artículo 104 es cerrada, en el sentido de que sólo los acuerdos expresamente citados se benefician de la cláusula de conflicto, esto no quiere decir que no pueda ser modificada. El propio artículo 104 expresamente dispone que si las partes lo acuerdan por escrito otros AMUMA pueden ser añadidos a la lista existente²².

Aunque la mayor parte de las interacciones entre los AMUMA y las normas de la OMC caen en el ámbito material regulado por el GATT, en algunos casos, el ámbito

¹⁹ El TLCAN es un acuerdo comercial regional innovador en aspectos de protección del medio ambiente. Entre otros puntos destacables está la adopción de un acuerdo paralelo en materia ambiental que pretende compatibilizar la protección del medio ambiente con el mantenimiento del nivel competitivo de los países involucrados. Véase I. S. Moreno, J. W. Rubin, R. F. Smith III y T. Yang, “Free Trade and the Environment: the NAFTA, the NAAEC, and Implications for the Future”, *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 12, Spring 1999, pp. 405-478.

²⁰ *Ibid.*, artículo 104.

²¹ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/R de fecha 18 de septiembre de 2000, p. 73. Informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Tailandia – Restricciones aplicadas a la restricción de cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párr. 81. Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafos, 162, 166 y 163.

²² Véanse el párrafo 2 del artículo 104 del TLCAN.

material de otros acuerdos comerciales como el AGCS o el Acuerdo sobre los ADPIC pueden ser alcanzados y, por lo tanto, una enmienda del Acuerdo de Marrakech, al que se le podría añadir un artículo *Vbis* de contenido similar al artículo 104 del TLCAN, se propone como la mejor opción²³.

No obstante, para solucionar toda la gama de interacciones negativas entre los AMUMA y el régimen del comercio internacional sería necesario algo más que la mera incorporación de una disposición como el artículo 104 del TLCAN al Acuerdo de Marrakech. J. H. Knox afirma, por ejemplo, que una enmienda de este tipo no sería efectiva porque el artículo 104 soluciona los conflictos con menores probabilidades de presentarse en la práctica y que además son los menos controvertidos; es decir, aquellos que versan sobre la aplicación de una medida comercial específica incluida en un AMUMA entre dos partes vinculadas al acuerdo ambiental y al TLCAN²⁴. De este modo quedarían sin resolver los puntos más controvertidos como son los posibles conflictos por la aplicación de una medida comercial no específica entre dos partes en un AMUMA o bien los conflictos que involucren a miembros de la OMC que no están vinculados a los AMUMA²⁵.

Por otro lado, la lista de AMUMA a los que es aplicable el artículo 104 es manifiestamente insuficiente para resolver las tensiones entre el régimen del comercio internacional y el régimen del medio ambiente. Una enmienda del Acuerdo de Marrakech que incorpore sólo una lista de AMUMA limitada como hace el artículo 104

²³ CCMA, *La relación entre las disposiciones del Sistema Multilateral de Comercio y los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA)- comunicación de Suiza*. OMC Doc. WT/CTE/W/139, 8 de junio de 2000, párr. 9

²⁴ J. H. Knox, "The Judicial Resolution of Conflicts Between Trade and the Environment", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 28, 2004, p. 18. Este autor también sostiene que, en caso de que un conflicto de esta naturaleza llegara a un tribunal internacional, lo más probable es que los jueces concluyeran que al vincularse al AMUMA que exige la aplicación de restricciones comerciales un miembro de la OMC ha suspendido sus obligaciones comerciales en la medida en que sean éstas incompatibles o que, conforme a la doctrina de la *lex specialis*, las restricciones específicas exigidas por el AMUMA prevalecerían sobre los principios de no discriminación de los acuerdos comerciales.

²⁵ *Idem*.

podría, como ha advertido J. Pauwelyn, ocasionar que se interpretara que las medidas adoptadas con base en AMUMA no enlistados no prevalecen sobre las normas de la OMC en caso de conflicto, siendo que, en algunos casos, la aplicación de las normas de Derecho internacional público pueden indicar que los AMUMA son ley especial y prevalecen, o bien, que son una modificación *inter se* de las obligaciones comerciales²⁶. Por lo tanto, sería necesario que los miembros de la OMC evitaran dejar fuera de la enmienda propuesta a los AMUMA cuyos objetivos pueden verse impedidos por las normas de la OMC. Más aún, también sería necesario establecer una serie de criterios que permitieran incorporar a la lista a futuros AMUMA de incidencia comercial. Una opción sería reproducir la exigencia de unanimidad del artículo 104 del TLCAN de modo que sólo un acuerdo por escrito en donde conste el consentimiento de todas las partes permitiría añadir a la lista existente un AMUMA nuevo. No obstante, el requisito de unanimidad puede resultar ser un obstáculo efectivo para la actualización de la lista de AMUMA.

Una segunda opción sería el establecimiento *ex ante* de unas condiciones que permitan identificar a los AMUMA que pueden beneficiarse de la enmienda propuesta. Los países miembros de la OMC han realizado algunas recomendaciones para definir los AMUMA que podrían servir para identificar las condiciones necesarias. Los siguientes criterios han sido sugeridos: a) que tenga objetivos medioambientales; b) que este abierto a la participación de todos Estados de la comunidad internacional; c) que sean documentos jurídicamente vinculantes (en vigor o debidamente firmados y ratificados pero que aún no están en vigor); d) con participación de tres partes como mínimo, incluyendo los acuerdos regionales, y con la participación de un número

²⁶ J. Pauwelyn, "Recent Books on Trade and Environment: GATT Phantoms Still Haunt the WTO", *European Journal of International Law*, Vol. 15, June 2004, pp. 589-590. Obviamente, los argumentos anteriores parten de la base de que otras normas distintas a los acuerdos abarcados son derecho aplicable en la OMC, un tema sobre el que, como hemos visto en el capítulo anterior, algunos autores no están de acuerdo.

considerable de países que refleje los intereses de las principales partes en cuestión, a saber, partes con intereses comerciales sustanciales, principales productores y consumidores, actuales y potenciales, de las mercancías afectadas; e) que estén negociados bajo los auspicios de las Naciones Unidas o del PNUMA²⁷.

Ahora bien, aunque el artículo 104 del TLCAN tiene sus debilidades²⁸, como observa S. Charnovitz, el trato que proporciona a los AMUMA es mejor que el que aporta actualmente el marco normativo de la OMC²⁹. Por lo tanto, una enmienda en el sentido descrito no debe ser descartada a la ligera. Por otro lado, algunos Estados miembros de la OMC han sugerido que las enmiendas, como técnica de modificación de las obligaciones comerciales, también podrían ser utilizadas para evitar los posibles conflictos entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)³⁰.

3. *La enmienda a las excepciones de patentabilidad del Acuerdo sobre los ADPIC*

Como hemos tenido oportunidad de mencionar en capítulos anteriores, a los países biodiversos les preocupa que los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) resultantes de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, particularmente las patentes, faciliten la apropiación indebida de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas o locales que están protegidos por el CDB³¹.

²⁷ Para la propuesta de definición de Acuerdo Multilateral del Medio Ambiente de la UE, véase. OMC Doc. (TN/TE/W/1) 21/03/2002. Para la propuesta de Argentina. OMC Doc. (TN/TE/W/2) 23/05/2002. Para la propuesta de Japón. OMC Doc. (TN/TE/W/10) 3/10/2002.

²⁸ S. Charnovitz, "The North American Free Trade Agreement: Green Law or Green Spin", *Law and Policy in International Business*, Vol. 26, Fall 1994, pp. 43-46.

²⁹ S. Charnovitz, "Critical Guide to the WTO's Report on Trade and Environment", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, Spring 1997, p. 377. En la misma línea de ideas R. Housman, "The North American Free Trade Agreement's Lessons For Reconciling Trade and the Environment", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 30, Summer 1994, p. 399.

³⁰ Convenio sobre la Diversidad Biológica –en lo sucesivo CDB–, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (BOE, 1º de febrero de 1994, No. 27).

³¹ M. Ruiz, *Intellectual Property Rights and Biodiversity: Processes and Synergies*, ICTSD-IUCN Background paper for Workshop on TRIPs and CBD: Global Biodiversity Forum Cancun, Mexico, September 5-7, 2003, p. 5; D. Conforto, "Traditional and Modern-Day Biopiracy: Redefining the

Esta preocupación no es infundada, ya que se han dado diversos casos de empresas o nacionales de países desarrollados que han obtenido patentes respecto de supuestas “invenciones” que en realidad son, con más o menos variaciones, conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas de los países del Sur³². Como es sabido las patentes conceden derechos de explotación exclusiva sobre los recursos y conocimientos objeto de la patente, limitando así su explotación por terceros y, en algunos casos, el reparto justo y equitativo de beneficios acordado en el CDB³³. Además, las patentes concedidas fuera del territorio de un miembro con relación a un recurso genético originario de éste plantean la cuestión del posible conflicto con el principio de la soberanía sobre sus propios recursos genéticos reconocido por el CDB³⁴. Más aún, con frecuencia los DPI se conceden sin el consentimiento fundamentado previo del gobierno o de la comunidad tradicional poseedores de los conocimientos sobre ese material en contra de lo dispuesto en el CDB³⁵.

Las razones anteriores han llevado algunos miembros de la OMC a proponer la enmienda del párrafo 3 b) del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC que establece que los miembros podrán excluir de la patentabilidad las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos³⁶.

La propuesta consiste en enmendar esta disposición con el objeto que los Miembros de

Biopiracy Debate”, *Journal of Environmental Law and Litigation*, Vol. 19, 2004, pp. 357-396; L. Sarma, “Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the Form of International Agreement”, *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 13, 1999, pp. 107-136; E. K. Bender, “North and South: The WTO, TRIPS, and the Scourge of Biopiracy”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, Fall 2003, pp. 281-319.

³² Comentando sobre las patentes reivindicadas sobre la cúrcuma, la coluquintida, el basmati y la margosa véase Consejo de los ADPIC, *Protección de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales - la experiencia de la India*. OMC Doc. WT/CTE/W/156, IP/C/W/198, 14 de julio de 2000.

³³ D. Jacoby y C. Weiss, “Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution”, *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 16, January 1997, p. 89. S. Safrin, “Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Blocks of Life”, *American Journal of International Law*, Vol. 98, October 2004, pp. 645-646.

³⁴ Cfr. Los párrafos 1 y 2 del artículo 15 del CDB.

³⁵ *Ibid.*, artículo 1.

³⁶ Véase inciso b) párrafo 3 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC.

la OMC tengan la obligación, o la facultad, de exigir que los solicitantes de patentes revelen, como condición de patentabilidad: a) la fuente de los materiales genéticos utilizados en la invención; b) todos los conocimientos tradicionales conexos que hayan utilizado en la invención; c) prueba del consentimiento fundamentado previo de la autoridad competente en el país de origen de los materiales genéticos; y d) prueba de un reparto justo y equitativo de los beneficios.³⁷ Otra alternativa propuesta por la India sería exigir que se indiquen claramente la materia prima biológica y el país de origen a través de una enmienda del artículo 29 del Acuerdo sobre los ADPIC que regula las condiciones impuestas a los solicitantes de patentes³⁸.

Estados Unidos ha manifestado su oposición a una modificación en el sentido expuesto pues considera que los requisitos para identificar la fuente del recurso genético en la aplicación de las patentes sería "*una pesadilla jurídica y administrativa*". Brasil, por su parte, opina que el cumplimiento de esos requisitos es una necesidad de coherencia jurídica entre dos acuerdos internacionales jurídicamente vinculantes y no resultaría más gravoso que cualquier otro de los requisitos ordinarios de los procedimientos de solicitud de patentes que ya existen³⁹.

Los miembros de la OMC que consideran que las normas del régimen del comercio internacional, en su forma actual, son suficientemente abiertas y flexibles para acomodarse al criterio de apoyo mutuo entre los AMUMA y la OMC como exige el objetivo del desarrollo sostenible, perciben las enmiendas como algo innecesario y

³⁷ Consejo de los ADPIC, *Examen del párrafo b) del artículo 27 - Comunicación del Brasil*. OMC Doc. IP/C/W/228, 24 de noviembre de 2000, párr. 25; Consejo de los APIC, *Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard del 18 al 22 de junio de 2001*. OMC Doc. IP/C/M/32, 23 de agosto de 2001, párr. 128; Consejo de los APIC, *Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard los días 19 y 20 de septiembre de 2001*. OMC Doc. IP/C/M/33, 2 de noviembre de 2001, párr. 121.

³⁸ Consejo de los ADPIC, *Comunicación de la India*. OMC Doc. IP/C/W/195, 12 de junio de 2000, párr. 16; Consejo de los APIC, *Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard los días 7 y 8 de julio de 1999*. OMC Doc. IP/C/M/24, 17 de agosto de 1999, párr. 81.

³⁹ Consejo de los ADPIC, *Examen del párrafo b) del artículo 27 - Comunicación del Brasil*. OMC Doc. IP/C/W/228, 24 de noviembre de 2000, párr. 27.

sugieren que una simple aclaración serviría para evitar malentendidos o errores de interpretación que puedan crear conflictos con los AMUMA⁴⁰.

B) LAS INTERPRETACIONES DEFINITIVAS DE LOS ACUERDOS COMERCIALES

Los países miembros de la OMC, actuando en conjunto en los órganos pertinentes, podrían adoptar una interpretación definitiva del Acuerdo General o de otros Acuerdos comerciales que resuelvan algunas de las dificultades impuestas al uso de las restricciones comerciales no proteccionistas aplicadas para lograr los objetivos de los AMUMA. Respecto al procedimiento podemos decir que la Conferencia Ministerial y el Consejo General de la OMC tienen autoridad exclusiva para adoptar interpretaciones de los acuerdos del Anexo I del Acuerdo por el que se establece la OMC⁴¹. Las interpretaciones de estos Acuerdos deben basarse en una recomendación del Consejo encargado de administrar el acuerdo en cuestión y requiere el voto de las tres cuartas partes de la totalidad de miembros de la OMC. Las interpretaciones, por otro lado, no necesitan ser ratificadas por todos los miembros para ser efectivas.⁴²

Con la técnica de la interpretación definitiva no pueden realizarse cambios radicales en las normas del Sistema Multilateral de Comercio. El límite del cambio se encuentra en el texto de la norma que se interprete. Esto es así ya que el artículo 2 del Acuerdo de Marrakech dispone que las interpretaciones no deberán utilizarse para menoscabar las disposiciones en materia de enmiendas del artículo X.

⁴⁰ CCMA, *La relación entre las disposiciones del Sistema Multilateral de Comercio y los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA)- comunicación de Suiza*. OMC Doc. WT/CTE/W/139, 8 de junio de 2000, párr. 9

⁴¹ Entre estos acuerdos se encuentran: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC).

⁴² Artículo X.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

Dado que aún existen algunas dudas sobre los límites del derecho aplicable en la OMC, una interpretación definitiva podría ser utilizada para clarificar el sentido del artículo 7.1 del *Entendimiento que rige la solución de diferencias* (ESD).

1. *Aclaración de lo que debe entenderse por derecho aplicable en el OSD de la OMC.*

En capítulos anteriores hemos precisado que determinar el papel del Derecho internacional en las diferencias resueltas en la OMC no depende de responder si es o no un régimen especial, sino de delimitar la jurisdicción sustantiva de su OSD y los límites de su derecho aplicable⁴³. Aunque el artículo 7.1 del ESD no deja lugar a dudas que la jurisdicción sustantiva del OSD empieza y termina con los “acuerdos abarcados”, los límites de su derecho aplicable no han sido claramente definidos⁴⁴. Algunos autores sostienen que el artículo 7.1 del ESD, al ordenar examinar la diferencia a la luz de las disposiciones de los acuerdos abarcados que hayan sido invocadas por las partes, no sólo deja fuera al Derecho internacional de la competencia sustantiva del OSD, sino también de su derecho aplicable⁴⁵. No obstante, existen también algunos autores que afirman que el ESD no precisa en modo alguno cuál será el derecho

⁴³ Véase en este estudio el capítulo X. También véase el informe de la CDI, *Fragmentación del Derecho internacional* (AG Doc. N° 10 A/59/10), párr. 316.

⁴⁴ El artículo 7.1 del ESD textualmente dispone: “. . . El mandato de los grupos especiales será el siguiente, a menos que, dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha de establecimiento del Grupo Especial, las partes en la diferencia acuerden otra cosa: Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos). . .”

⁴⁵ J. Trachtman: “The Domain of the WTO Dispute Resolution”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 40, No. 2, Spring 1999, p. 342; G. Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, September 2002, p. 767; P. Zapatero, *Derecho del comercio global*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 72.

aplicable y, por lo tanto, ninguna norma de Derecho internacional está *a priori* excluida de tener efecto directo en la OMC⁴⁶.

Los países miembros de la OMC, actuando en conjunto en los órganos pertinentes, podrían adoptar una interpretación definitiva con el fin de aclarar que el artículo 7.1 del ESD únicamente establece los límites de la competencia substantiva del OSD y no se refiere al derecho aplicable. De este modo, los conflictos que surjan entre dos miembros de la OMC por la aplicación de una restricción comercial para lograr los objetivos de un AMUMA serían resueltos aplicando las normas sobre conflictos normativos del Derecho internacional público⁴⁷. Así, el OSD sería un vehículo que permitiría velar por el cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda*⁴⁸. En otras palabras, evitaría que la OMC fuera utilizada por los Estados miembros para ignorar sus compromisos internacionales asumidos en otros foros, como los AMUMA, fracturando así la unidad del Derecho internacional⁴⁹.

Ahora bien, esto en ningún caso quiere decir que el OSD de la OMC sería dotada de una jurisdicción substantiva general en la que sería exigible cualquier norma

⁴⁶ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2003, p. 465; L. Bartels, "Applicable Law in the WTO Dispute Settlement Proceedings", *Journal of World Trade*, Vol. 35, N. 3, June 2001, p. 505; D. Palmeter y P. Mavroidis: "The WTO Legal System: Sources of Law", *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 3, 1998, p. 399.

⁴⁷ En esta línea de ideas, G. Marceau sugiere enmendar el *Entendimiento que rige la solución de diferencias* utilizando como modelo la Carta de la Habana con la finalidad de hacer posible que se acuda a la Corte Internacional de Justicia en las diferencias que impliquen conflictos normativos entre las normas de la OMC y otras obligaciones internacionales como los AMUMA. La referencia a la Corte Internacional de Justicia podría requerir una enmienda del artículo 23 del ESD que dispone que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) es el único mecanismo que puede ser utilizado por los miembros para hacer frente a las violaciones de los distintos acuerdos comerciales administrados por la OMC. G. Marceau observa que, ya que el OSD puede aplicar y hacer cumplir sólo las disposiciones de la OMC (los acuerdos abarcados), se podría decir que la Corte Internacional de Justicia es el mejor foro internacional para resolver ciertas diferencias en donde resultan aplicables otras obligaciones internacionales que no se encuentran dentro de los acuerdos abarcados. La autora de la propuesta opina que, al menos en estas circunstancias, la Corte Internacional de Justicia podría pronunciar una opinión no vinculante (consultiva) sobre la relación de las normas OMC y las disposiciones de otros tratados. G. Marceau, "A Call for Coherence in International Law: Praises for Prohibition Against "Clinical Isolation" in the WTO Dispute Settlement", *Journal of World Trade*, Vol. 33, No.5, October 1999, p. 143.

⁴⁸ Este principio codificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entro en vigor el 27 de enero de 1980.

⁴⁹ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. . .*, *op. cit.*, p. 38 y 475.

de Derecho internacional, ya que la competencia jurisdiccional seguiría estando limitada a los acuerdos abarcados y no se vería alterada por la interpretación definitiva. Ya hemos mencionado anteriormente que otras normas de Derecho internacional únicamente podrían ser consideradas por el OSD en la medida en que fueran parte de los argumentos de la parte demandada y en caso de prevalecer frente a las normas de la OMC la única consecuencia es que estas últimas no serían aplicadas⁵⁰.

Si bien es verdad que la aclaración del artículo 7.1 del ESD en el sentido propuesto permitiría, a diferencia del mandato de la Ronda del Desarrollo, solucionar los conflictos entre Estados miembros por la aplicación medidas autorizadas pero no específicas, también es cierto que, al igual que el mandato de la Ronda del Desarrollo, la interpretación propuesta no aporta soluciones a las interacciones negativas que puedan resultar por la aplicación de restricciones comerciales a miembros de la OMC no vinculados a un AMUMA, ya que las normas sobre conflicto reconocen el principio *pacta tertiis* que dispone que una tratado internacional no crea derechos y obligaciones para los Estados sin su consentimiento⁵¹. Por lo tanto, una interpretación definitiva de otras disposiciones del Acuerdo General podría ser una opción más adecuada para abordar estas cuestiones.

2. *La interpretación definitiva de los artículos III y XX del GATT*

Hemos mencionado antes que el principal problema al que tienen que hacer frente las medidas comerciales establecidas en los AMUMA con el Sistema Multilateral de Comercio es que los exámenes de legalidad fruto de la interpretación de las disposiciones del Acuerdo General no reflejan una voluntad real por distinguir las

⁵⁰ Véase en este estudio el capítulo X.

⁵¹ *Cfr.* Artículo 34 de la CVDT.

medidas comerciales proteccionistas de aquellas que no lo son⁵². Esto puede dar lugar a que una medida aplicada para lograr los objetivos de un AMUMA a través de instrumentos comerciales no discriminatorios ni proteccionistas sea declarada incompatible con las obligaciones comerciales del Acuerdo General. Los artículos III y XX del GATT admiten una interpretación amplia de sus términos que permitiría corregir algunas deficiencias que en los exámenes de legalidad produce la interpretación de estas disposiciones. En ese sentido podría adoptarse una interpretación definitiva del concepto “producto similar” en la que se disponga con claridad que dos productos serán similares si comparten ciertas características importantes para el propósito de comparación⁵³. Tratándose de la interpretación del artículo III el propósito de comparación, como lo ha indicado el Órgano de Apelación, queda establecido en su primer párrafo que prohíbe el proteccionismo⁵⁴. Esta interpretación del concepto “producto similar” permitiría la discriminación entre productos que difieren únicamente en sus efectos en el medio ambiente. En otras palabras, un producto que contamina y otro que no lo hace, aunque compartan otras características, no serían productos similares de modo que la discriminación entre ellos estaría permitida por el artículo III.

Ahora bien, la interpretación anterior podría ir acompañada de una interpretación definitiva de la prohibición a las medidas fiscales y reglamentarias que son utilizadas “de forma que se proteja a la producción nacional” establecida en el primer párrafo del

⁵² H. Chang, “An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 83, No. 6, July 1995, p. 2209.

⁵³ R. Hudec, “GATT/WTO Constrains on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test”, *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3, Fall 1998, p. 627. R. Howse y D. Regan, “The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, pp. 260–261.

⁵⁴ Véase informe del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R de fecha 12 de marzo de 2001, p. 41.

artículo III. En ese sentido convendría aclarar que el examen del proteccionismo debe hacerse a través del análisis de la evidencia objetiva del propósito normativo⁵⁵.

Por otro lado, las condiciones del preámbulo del artículo XX podrían verse beneficiadas por la adopción de una interpretación definitiva que aporte claridad a la oscuridad de sus términos. En primer lugar, podría adoptarse una interpretación definitiva en las que se establezca que el recurso a las excepciones generales se encuentra limitado a los objetivos de orden público expresamente señalados en los incisos de la a) a la j) del artículo XX, y condicionado a que se cumplan los parámetros establecidos en la cláusula introductoria⁵⁶. Actualmente el Órgano de Apelación considera que el uso de las excepciones no debe afectar los derechos de los miembros en virtud de normas como el artículo XI⁵⁷. En segundo lugar, podría adoptarse una interpretación definitiva del preámbulo del artículo XX en donde se establezca que para evaluar cuando una medida da lugar a una "discriminación injustificable entre países en los que prevalezcan las mismas condiciones" es necesario tener en cuenta si el trato diferente entre países se refiere al objetivo de política de la excepción aplicable del artículo XX⁵⁸. Actualmente no existe ningún estándar claro para determinar cuando una medida se encuentra justificada a la luz del preámbulo del artículo XX.

⁵⁵ R. Hudec, "GATT/WTO Constrains on National Regulation. . .", *op. cit.*, pp. 631y 632. También D. Regan, "Regulatory Purpose and "Like Products" in Article III:4 of the GATT (With Additional Remarks on Article III:2)", *Journal of World Trade*, Vol. 36, No. 3, June 2002, pp. 458-464.

⁵⁶ D. Mcrae, "GATT Article XX and the WTO Appellate Body", en: M. Brockers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Great Britain: Kluwer Law International, 2000, p. 230.

⁵⁷ Véase por ejemplo informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*. OMC. Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, párr. 156. En consecuencia, siempre que se invoca una excepción es posible negar los beneficios del artículo XX precisamente porque la medida incumple las obligaciones de las que pretende exceptuarse.

⁵⁸ S. Gaines, "The WTO's Reading of the GATT Article XX Chapeu: A Disguised Restriction on Environmental Measures", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Winter 2001, p. 780.

Al igual que el Acuerdo General, existen otras normas que podrían beneficiarse de una interpretación definitiva con el fin de facilitar el apoyo mutuo entre la OMC y los AMUMA.

3. *La interpretación definitiva del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) concede a los miembros de la OMC el derecho a tomar medidas comerciales restrictivas para proteger ciertos “objetivos legítimos” como la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente⁵⁹. Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de estos objetivos y además está en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional.⁶⁰

F. Biermann asegura que la Conferencia Ministerial podría interpretar esta disposición en una forma tal que las normas de ciertos acuerdos multilaterales de protección ambiental puedan ser considerados -hasta el punto que contengan regulaciones técnicas o estándares- como estándares internacionales en el contexto del Acuerdo OTC⁶¹. De este modo, las medidas comerciales adoptadas para apoyar los objetivos de protección ambiental de un AMUMA se presumirán -a reserva de impugnación- que no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional⁶².

El Acuerdo OTC define los “obstáculos innecesarios” para el comercio como aquellos que restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo

⁵⁹ El artículo 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) fue la primera disposición del régimen del comercio internacional en donde se hace mención explícita de la protección del medio ambiente.

⁶⁰ *Ibid.* artículo 2.5.

⁶¹ F. Biermann, “The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North and South Conflict”, *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 3, June 2001, pp. 442 y 443.

⁶² Véase el artículo 2.5 del Acuerdo sobre OTC.

legítimo pretendido, destacando que se deben tomar en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo⁶³. Ahora bien, esta definición del Acuerdo OTC de lo que constituye un “obstáculo innecesario para el comercio” es muy similar a la interpretación que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación han realizado de la expresión “relativa a la conservación de recursos” del inciso g) del artículo XX del Acuerdo General⁶⁴. Por lo tanto, en caso de que sea cuestionada ante el OSD la legalidad de alguna medida comercial adoptada para la protección de recursos naturales agotables de conformidad con un AMUMA, se podría invocar el inciso g) del artículo XX para justificarla provisionalmente. En cualquier caso, la medida aún tendría que ser examinada para determinar si, además de estar justificada provisionalmente en el inciso g) del artículo XX, también cumple con las condiciones establecidas en la cláusula introductoria.

De forma similar, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) podría ser objeto de una interpretación definitiva que ayude a equilibrar los intereses comerciales y ambientales dentro de la OMC⁶⁵. Esto podría lograrse a través de la adopción de una interpretación definitiva del artículo 3.2 que establece 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 presente Acuerdo y del GATT de 1994. Por lo tanto, la Conferencia Ministerial podría adoptar una

⁶³ *Ibid.*, artículo 2.2.

⁶⁴ El Órgano de Apelación en uno de los asuntos más recientes interpretó que la condición de ser “relativa a” como lo dispone el inciso g) artículo XX queda cubierta si se determina que en el caso existía “una auténtica y estrecha relación entre medios y fines”. Véase informe del Órgano de Apelación que se ocupó de revisar el caso *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones . . .*, *op. cit.*, párrs. 136 y 141. Los Grupos Especiales habían interpretado el término “relativa a” la conservación de recursos exigiendo que la medida en cuestión estuviera *destinada principalmente* a tal conservación. Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial que se ocupó del caso *Canadá - Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*. GATT Doc. BISD 35S/109, adoptado el 22 de marzo de 1988, párrs. 4.6 y 4.7.

⁶⁵ F. Biermann, “The Rising Tide of Green Unilateralism . . .”, *op. cit.*, pp. 442 y 443.

interpretación definitiva del artículo 3.2 del Acuerdo MSF con la finalidad de permitir que las medidas sanitarias y fitosanitarias prescritas por ciertos AMUMA sean consideradas *normas, directrices o recomendaciones internacionales*⁶⁶. De este modo, las medidas que fueran adoptadas para apoyar los objetivos de este tipo de acuerdos cumplirían la prueba de *necesidad* del Acuerdo de MSF y del inciso b) del artículo XX.

En cualquier caso, parece haber una restricción crucial en la libertad de la Conferencia Ministerial para interpretar el Acuerdo MSF, porque esto puede interferir con el texto del tratado y por lo tanto sería equiparable a una enmienda del derecho de la OMC. En un caso así, la interpretación definitiva sería imposible. Este podría ser el caso de los acuerdos multilaterales que autorizaran medidas sanitarias sin suficiente evidencia científica, o cuando contradicen los estándares, recomendaciones y líneas directrices establecidas en la Comisión del *Codex Alimentarius*, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales competentes que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, que han sido definidas como estándares internacionales por el Acuerdo MSF.⁶⁷

Partiendo de la base de que la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA es relativamente nueva, algunos Estados afirman que, antes de adoptar medidas definitivas, conviene adoptar un enfoque prudente. Estos países observan que no puede conocerse de antemano el carácter de las medidas comerciales que se incluirán en el futuro en los AMUMA y deberá transcurrir mucho tiempo antes de que se conozcan todas las consecuencias de la acomodación de las medidas comerciales de los AMUMA en el sistema multilateral de comercio. Por lo tanto, prevén que la adopción

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 442-444.

⁶⁷ Véase el artículo 2.2 en conexión con el anexo 3 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

de exenciones es preferible a las enmiendas y a las interpretaciones definitivas debido a su carácter temporal permitiría volver a analizar la cuestión en el futuro⁶⁸.

II. LAS EXENCIONES O MODIFICACIONES DE OBLIGACIONES COMERCIALES DE ALCANCE LIMITADO.

Los miembros de la OMC pueden lograr exenciones de las obligaciones comerciales que dificultan el logro de objetivos de protección ambiental de los AMUMA. Esta puede ser una técnica válida para modificar, con efectos inmediatos, algunas modificaciones del Acuerdo General con el fin de permitir el uso de restricciones comerciales en este contexto.

A) LAS EXENCIONES (*WAIVER*) DE LAS OBLIGACIONES COMERCIALES

Entre otras cuestiones, el artículo IX del Acuerdo por el que se establece la OMC regula el procedimiento por el cual se tramitan las exenciones. En el párrafo 3 esta disposición establece que en circunstancias excepcionales la Conferencia Ministerial podrá decidir eximir a un miembro de alguna obligación derivada de los acuerdos del Anexo I⁶⁹. Las solicitudes de exenciones deberán presentarse con arreglo a la práctica de adopción de decisiones por consenso. Si no se llegara a un consenso, toda decisión se adoptará por tres cuartos de los miembros. Este tipo de solicitudes deben ser presentadas ante el Consejo que administre el acuerdo en cuestión, que por su parte, una vez recibida la solicitud, deberá enviar un informe a la Conferencia Ministerial. El párrafo 4 del artículo IX establece que cualquier exención concedida debe especificar

⁶⁸ CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) - Propuesta de la ASEAN*. OMC Doc. WT/CTE/W/39, 24 de julio de 1996, párr. 39.

⁶⁹ Las decisiones de conceder una exención respecto de una obligación sujeta a un período de transición o a un período de aplicación escalonada que el miembro solicitante no haya cumplido al final del período correspondiente se adoptarán únicamente por consenso.

las *circunstancias excepcionales* que la justifican y debe fijarse un término de expiración. Las exenciones se someten a examen de la Conferencia Ministerial por lo menos una vez al año. La Conferencia Ministerial, después del examen, podrá prorrogar, modificar o dejar sin efecto la exención. Las decisiones relativas a las exenciones no precisan ser ratificadas por todos los miembros de la OMC.⁷⁰

Los miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN por sus siglas en inglés) han propuesto la tramitación *ex post* y caso por caso de una exención plurianual cuando algunas normas de la OMC pudieran verse vulneradas por la aplicación de medidas comerciales específicas previstas en un AMUMA⁷¹. En principio tanto las medidas aplicadas entre partes en un AMUMA como las aplicadas contra países que no sean Partes en él podrían ser tomadas en cuenta para una exención. Además, en la medida en que se satisfagan los dos requisitos básicos para la concesión de una exención, a saber, las "circunstancias excepcionales" y los "términos y condiciones", la exención podría ser prorrogada anualmente hasta que quedara sin efecto⁷². En ese sentido conviene observar que esta propuesta considera que únicamente las medidas específicas previstas en un AMUMA requieren atención especial en el marco del sistema

⁷⁰ Artículos IX. 3 y IX.4 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

⁷¹ CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) - Propuesta de la ASEAN*. OMC Doc. WT/CTE/W/39, 24 de julio de 1996, párr. 39. Otros miembros han propuesto que se establezcan una serie de criterios *ex ante* que de ser cumplidos por una medida comercial adoptada en el contexto de un AMUMA garantizarían la concesión de una exención. Véase CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente - Comunicación de Nueva Zelanda*. OMC. Doc. WT/CTE/W/20, 15 de febrero de 1996, párr. 21. R. Hudec aporta una tercera alternativa para el uso de las exenciones al sostener que esta técnica puede servir para evitar las tensiones producidas por las restricciones al comercio aplicadas extraterritorialmente. Antes de la adopción de una medida de este tipo, el profesor Hudec sugiere que, el país interesado debería solicitar una exención de sus obligaciones comerciales con las que podría entrar en conflicto la medida. R. Hudec, "GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures Against Foreign Environmental Practices", en: J. Bhagwati y R. Hudec (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, Vol. II, Legal Analysis, Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 1996, p. 153.

⁷² *Ibid.*, párr. 17.

multilateral de comercio y, por lo tanto, sólo éstas pueden ser consideradas “circunstancias excepcionales” para los efectos de la concesión de una exención⁷³.

Los países de la ASEAN aseguran que la necesidad de lograr una decisión mayoritaria para la concesión de una exención garantiza que el AMUMA satisface el requisito básico de ser un verdadero acuerdo multilateral, ya que una decisión de ese tipo indicaría la amplia participación de los miembros en un AMUMA. Este enfoque permite evitar establecer una definición de AMUMA, prevista en la mayoría de las otras propuestas realizadas al Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA)⁷⁴.

Algunos autores critican el uso de esta técnica en el contexto que nos ocupa, toda vez que el carácter de exención parece colocar a los intereses ambientales por debajo de los comerciales⁷⁵. En cualquier caso, las exenciones sólo pueden proporcionar soluciones temporales al conflicto *comercio-medio ambiente* ya que están sujetas a un término de expiración⁷⁶. Adicionalmente, cuando por los efectos de una exención concedida un miembro considere que la ventaja resultante para él del Acuerdo General se halla anulada o menoscabada podrá acogerse a las disposiciones del artículo XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del ESD⁷⁷. Evidentemente, las soluciones a largo plazo precisarán enmiendas formales de las normas de la OMC.

B) LA MODIFICACIÓN DE OBLIGACIONES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS COMERCIALES POR MEDIO DE ACUERDOS BILATERALES O MULTILATERALES

Ya hemos mencionado antes en este estudio que, como consecuencia de que entre las normas del Derecho internacional público no existe jerarquía –con la

⁷³ *Ibid.*, párr. 18

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 20

⁷⁵ Véase P. Demaret, “Trends, Multilateralism, Unilateralism and the GATT”, en: J. Cameron, P. Demaret y D. Gerardin (eds.), *Trade and Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1995, p. 66.

⁷⁶ Artículo IX. 4 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

⁷⁷ Cf. párrafo 3 del Entendimiento relativo a las exenciones dimanantes del GATT.

excepción del *ius cogens*–, es posible que los Estados a través de la celebración de tratados internacionales desvíen, inhabiliten o substituyan obligaciones internacionales previamente contraídas⁷⁸. Ubicándonos en el contexto de la OMC, es posible que los Estados miembros celebren acuerdos internacionales que de alguna manera modifiquen los compromisos asumidos en los acuerdos comerciales⁷⁹. Estas modificaciones, como han sugerido algunos miembros de la OMC y parte de la doctrina, podrían tener por finalidad facilitar el apoyo mutuo entre las normas de la OMC y los AMUMA⁸⁰. Cabe apuntar que esta técnica ha sido ya utilizada con éxito en el régimen del comercio internacional para modificar algunas obligaciones en materia de subvenciones y *antidumping*⁸¹. Tales acuerdos, por su puesto, sólo obligarían a los miembros de la OMC que voluntariamente decidieran vincularse a ellos.

La OMC podría servir de foro institucional para la negociación de este tipo de acuerdos. El Acuerdo de Marrakech expresamente así lo reconoce ya que dispone que la OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos I y de marco para la aplicación de los resultados de tales negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial⁸². No obstante, nada impide que las negociaciones tengan lugar en otros foros si los miembros así lo prefieren⁸³.

Como sugiere J. Pauwelyn este tipo de acuerdos podrían contener compromisos entre distintos miembros que les impidiera invocar los artículos III y XI del Acuerdo General en relación a ciertas restricciones comerciales adoptadas en el marco de un

⁷⁸ Véase artículo 30 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980.

⁷⁹ *Ibid.*, artículo 41.

⁸⁰ CCMA, *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente - Comunicación de Nueva Zelanda*. OMC. Doc. WT/CTE/W/20, 15 de febrero de 1996.

⁸¹ J. Jackson, *The World Trading System . . .*, *op. cit.*, p. 69.

⁸² Artículo III.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

⁸³ J. Jackson, “World Trade Rules and Environmental Policies. . .”, *op. cit.*, p. 1274.

AMUMA que consideran justificadas, pero que temen que no lograrían satisfacer las condiciones del artículo XX, según las estrictas interpretaciones que de sus términos realizan los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación⁸⁴. De esta manera, entre miembros signatarios el acuerdo podría regular el uso de los instrumentos comerciales para proteger el medio ambiente. En ese sentido, la efectividad del acuerdo aumentaría en proporción directa con el número de miembros que decidieran formar parte del mismo.

Uno de los principales problemas con esta técnica es que los países miembros de la OMC que no sean partes en el Acuerdo específico podrían, con fundamento en la cláusula de la nación más favorecida del artículo I del Acuerdo General, demandar que los beneficios que otorga el acuerdo a los miembros signatarios les sean también concedidos aunque no sean partes en el acuerdo. Esto es lo que la doctrina conoce como el problema del “beneficiario sin contrapartida” (*Free Rider*).

Ahora bien, esta opción, para que sea considerada válida, deberá satisfacer los requisitos que exige el artículo 41 de la CVDT que regula las modificaciones *inter se* de obligaciones convencionales⁸⁵. Por un lado, como tuvimos oportunidad de mencionar en capítulos anteriores, el GATT no contiene disposiciones que prohíban la firma de acuerdos *inter se*⁸⁶. Por otro lado, los acuerdos *inter se* celebrados entre miembros de la OMC difícilmente pueden afectar el goce de los derechos de terceros Estados, ya que

⁸⁴ J. Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO. . .”, *op. cit.*, p. 548.

⁸⁵ Esta norma dispone que dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar otro tratado en sus relaciones mutuas, si la posibilidad de tal modificación no está prohibida y a condición de que no se afecte el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado -en este caso serían todos los acuerdos administrados por la OMC- ni al cumplimiento de sus obligaciones y no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto. *Cfr.* artículo 41.1 a) y b): i) y ii) de la CVDT.

⁸⁶ Los acuerdos *inter se* son aquellos en los que dos o más partes en un tratado multilateral celebran un acuerdo que tenga por objeto modificar otro tratado en sus relaciones mutuas.

únicamente modifican las relaciones entre los países firmantes⁸⁷. Por último, las obligaciones contenidas en los acuerdos de la OMC generalmente pueden reducirse a obligaciones recíprocas⁸⁸. Esto se debe a que, a diferencia de las obligaciones integrales cuyo incumplimiento perjudica a todos los países que sean partes en el acuerdo, las obligaciones recíprocas prevén un intercambio de prestaciones, en donde el incumplimiento de una parte afecta sólo a la parte con la que se encuentre en relación de reciprocidad⁸⁹. De este modo, es difícil que los supuestos mencionados constituyan alguna modificación incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado de la OMC en su conjunto.⁹⁰

III. LA ADOPCIÓN DE LÍNEAS DIRECTRICES

Las líneas directrices son instrumentos de *soft law*⁹¹ y, por lo tanto, no son vinculantes, de tal suerte que pueden ser utilizados por los países miembros de la OMC para abordar sin oposición un espectro más amplio de consideraciones ambientales de lo que sería posible si las recomendaciones fueran obligatorias. Así pues, en la OMC se podría negociar la adopción de líneas directrices de observancia voluntaria para animar a los miembros a seguir ciertas prácticas en la aplicación de restricciones comerciales de los AMUMA con el fin de evitar los conflictos con las obligaciones comerciales.

⁸⁷ De hecho la celebración de un acuerdo *inter se* podría beneficiar -pero no afectar- a otros miembros de la OMC. En el caso de que un acuerdo entre dos miembros otorgara preferencias comerciales, éstas deberán hacerse extensivas al resto de los miembros de la OMC por virtud de la cláusula de la nación más favorecida del artículo I.

⁸⁸ E. Petersmann, "The WTO Constitution and the Millennium Round", en: M. Broekers y R. Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 123.

⁸⁹ Véase O. Casanovas, "Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 106.

⁹⁰ J. Pauwelyn, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 3, July 2001, p. 549.

⁹¹ Sobre el concepto *Soft Law* véase A. Boyle, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Part 4, October 1999, pp. 901-913. También C. Chinkin, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, pp. 850-866.

Para la adopción de líneas directrices se debe seguir el procedimiento establecido en el artículo IX del Acuerdo de Marrakech que versa sobre la adopción de decisiones en el marco de la OMC. Esta disposición establece que en la OMC las decisiones se adoptaran por consenso siguiendo la práctica del GATT de 1947. Cuando el consenso no se logre, se someterá a votación la adopción de la decisión. En las reuniones de la Conferencia Ministerial y del Consejo General, cada miembro de la OMC tendrá un voto y las decisiones se adoptarán por mayoría, salvo disposición en contrario⁹².

Como veremos a continuación a través de dos propuestas que han realizado dos miembros de la OMC al CCMA, los compromisos voluntarios que pueden adoptarse a través de esta técnica podrían ser de contenido sustantivo, por ejemplo, una directriz interpretativa que sirva de orientación para examinar la compatibilidad entre la aplicación de las medidas comerciales adoptadas en aplicación de los AMUMA y los acuerdos comerciales de la OMC, o de carácter procedimental, por ejemplo, estableciendo un mecanismo consultivo voluntario al que puedan recurrir las partes antes de aplicar una restricción comercial.

A) UNA DIRECTRIZ INTERPRETATIVA PARA EXAMINAR LA COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS COMERCIALES MULTILATERALES CON LAS NORMAS DE LA OMC

En 1996, los representantes de Japón propusieron al CCMA de la OMC la adopción de una directriz interpretativa no vinculante para facilitar que las medidas comerciales adoptadas en aplicación de los AMUMA sean compatibles con las normas de la OMC⁹³. En esencia, estas directrices podrían servir de orientación para examinar

⁹² Artículo IX del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

⁹³ CCMA, *La relación entre las medidas comerciales adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente y el Acuerdo sobre la OMC - Propuesta del Japón*. OMC. Doc. WT/CTE/W/31, 30 de mayo de 1996, párr. 2.

la compatibilidad entre la aplicación de las medidas comerciales adoptadas en aplicación de los AMUMA y los acuerdos comerciales de la OMC estableciendo, por un lado, algunos criterios que deben contener los AMUMA y, por otro lado, ciertos lineamientos para facilitar que las medidas adoptadas sean consideradas compatibles en este contexto.

En el primer caso, es decir, los criterios sugeridos para los AMUMA, se propuso que se tenga en cuenta si éste: i) está abierto a la participación de cualquier país que comparta su objetivo ambiental; ii) refleja, mediante la participación adecuada, los intereses de las principales partes interesadas, a saber, partes que tengan intereses comerciales sustanciales, principales productores y consumidores, actuales y potenciales, de los productos afectados; iii) prevé concretamente el uso de medidas comerciales, cuyo contenido se define con claridad, y cuyos procedimiento y condiciones de aplicación son transparentes y se definen con claridad⁹⁴. En el segundo caso, es decir, los lineamientos relativos a las medidas comerciales adoptadas en aplicación de un AMUMA, se sigue que, además de que no sean aplicadas en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, se tenga en cuenta: i) si la medida busca proteger un elemento ambiental insustituible del sistema natural de la Tierra; ii) si la medida se basan en resultados científicos, sin que existan alternativas eficaces, y tienen efectos mínimos de restricción o distorsión del comercio; iii) que las medidas se apliquen de forma que tengan un efecto mínimo de restricción o distorsión del comercio y cuando no existen medidas alternativas eficaces para lograr el objetivo ambiental⁹⁵.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 11.

⁹⁵ *Idem.*

La adopción de directrices en el sentido propuesto es una alternativa para abordar la relación entre los AMUMA y la OMC que tiene la ventaja de permitir conciliar las posiciones de aquellos países que consideran necesario modificar formalmente las obligaciones comerciales existentes y las de aquellos países que aseguran que las normas de la OMC, tal y como existen ahora, aportan un marco suficiente que permite la adopción de restricciones comerciales ambientales.

B) LA CREACIÓN DE UN MECANISMO CONSULTIVO VOLUNTARIO

Recientemente la delegación de Nueva Zelanda sugirió al CCMA la creación de un mecanismo consultivo voluntario, cuyos principios de funcionamiento podrían adoptarse a través de la elaboración de líneas directrices⁹⁶.

Nueva Zelanda propone que, antes de que se adopte la decisión de aplicar una medida comercial, particularmente aquellas más controvertidas, por ejemplo, las medidas no específicas o las específicas aplicadas a miembros no vinculados a un AMUMA, se podría recurrir a un mecanismo consultivo voluntario con el fin de determinar si la medida comercial es el instrumento más eficaz disponible para tratar el problema ambiental en cuestión⁹⁷. La mejor solución al caso particular será la medida que afronte más directamente la imperfección o distorsión del mercado –la externalidad negativa-⁹⁸. Lo que se pretende es establecer una jerarquización de opciones de política y una presunción en favor de la opción más eficaz y con menor efecto de distorsión.

⁹⁶ CCMA: (Primer punto) *La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. Comunicación de Nueva Zelanda.* OMC Doc. WT/CTE/W/180, 9 de enero de 2001.

⁹⁷ *Ibid.*, párr II.1

⁹⁸ Se dice que cuando el coste ambiental es absorbido por el productor causante de un daño tiene lugar la *internalización*, y que lo contrario, produce una *externalidad*. Véase C. Ford, *Freer Trade, Protected Environment [Balancing Trade Liberalization and Environmental Interests]*, New York: Council on Foreign Relations Press, 1994, p. 24.

La idea central es que, antes de aplicar una medida comercial con fines ambientales, los miembros de la OMC interesados, el importador y el exportador, de común acuerdo pongan en marcha el mecanismo consultivo propuesto. Esto daría lugar a la celebración de consultas en las que el país miembro que tenga la intención de aplicar una medida podrá aportar los argumentos y las pruebas de que disponga sobre los efectos ambientales que desea evitar. El país potencialmente afectado hará lo propio sobre los posibles efectos negativos de la medida en cuestión. Tras haber planteado el problema según el punto de vista de los dos miembros interesados se deberá establecer una serie jerarquizada de instrumentos de política para que afronte el problema ambiental que se desea evitar, por ejemplo, la imposición de una medida comercial; el suministro de una ayuda financiera limitada; la prestación de asistencia al desarrollo para el conjunto más amplio de afectados por la prohibición comercial en caso de ser aplicada; y la transferencia de tecnologías y/o conocimientos técnicos especializados. Los miembros después de examinar las distintas opciones deberán elegir el instrumento que aporta la mejor solución, que bien puede ser la aplicación de una medida comercial no específica en un AMUMA, pero también puede ser una distinta⁹⁹.

Este instrumento voluntario puede servir para facilitar la comprensión de puntos de vista distintos y la identificación de diferentes opciones de política y para aumentar las posibilidades de lograr una solución convenida y reducir los conflictos entre las partes en materia de políticas comerciales y ambientales, sin caer por ello en resultados ineficaces desde los puntos de vista ambiental y económico.

⁹⁹ Sería posible también que en las consultas participara un tercer Estado neutral.

CONCLUSIONES

Primera

1. Actualmente, la Organización Mundial del Comercio (OMC) es uno de los actores con mayor peso político, económico y normativo de la escena internacional. Esto se debe a que los acuerdos comerciales que administra, además de ser vinculantes para la mayor parte de Estados de la Comunidad internacional, no se limitan a regular el comercio de bienes, incluyen normas en ámbitos materiales tan diversos como: el comercio de servicios, los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio, las medidas sanitarias y fitosanitarias, los reglamentos técnicos, algunos aspectos comerciales relacionados a las inversiones extranjeras, entre otros.

2. La extensa gama de materias reguladas por la OMC ocasiona que sus acuerdos comerciales hagan sentir su influencia en otras esferas de la sociedad y del Derecho, ya que una gran parte de las actividades humanas se relacionan, de un modo u otro, a las actividades económicas de las que forma parte el comercio internacional. Por ejemplo, el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el Acuerdo sobre los ADPIC) de la OMC, además de haber restado protagonismo al Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), puede dificultar las importaciones de medicamentos genéricos de los países más pobres que no tengan capacidad de producirlos o dinero para pagar los derechos de propiedad intelectual que el acuerdo protege. De este modo, los acuerdos comerciales de la OMC no sólo inciden en otros actores internacionales, sino que puede alcanzar ámbitos materiales cuya relación con el comercio es meramente incidental, como en este caso, algunos aspectos internacionales sobre salud y los Derechos humanos, pero bien podrían ser otros.

3. El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ha probado ser efectivo para garantizar el cumplimiento de estos acuerdos comerciales ya que tiene competencia obligatoria y ha sido dotado con facultades para autorizar la aplicación de sanciones comerciales. Ni siquiera la Corte Internacional de Justicia, con su medio siglo de existencia, ha conocido de más controversias que el OSD de la OMC, que lleva operando poco más de una década. Así, el OSD de la OMC aporta ciertas garantías de protección a los intereses comerciales. Sin embargo, teniendo en cuenta que las normas de la OMC inciden en ámbitos normativos no comerciales, el OSD de la OMC podría restar eficacia otros regímenes internacionales si hiciera primar los intereses comerciales sobre cualquier otro valor, e incluso podría fragmentar la unidad de Derecho internacional si los miembros recurren al OSD para evitar cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas en otros foros. Esto podría suceder, por ejemplo, en el contexto de la relación entre los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) que prevén el uso de medidas comerciales y las normas de la OMC.

Segunda

1. La interacción entre el Sistema Multilateral del Comercio y los AMUMA no sólo tiene implicaciones jurídicas para la unidad del Derecho internacional, sino también económicas, sociales y ambientales, pues puede incidir, positiva o negativamente, en los esfuerzos internacionales por alcanzar el objetivo del desarrollo sostenible que exige el apoyo mutuo entre estos ámbitos normativos.

2. Los AMUMA son el medio más eficaz para hacer frente a los problemas ambientales que afectan a toda la comunidad internacional y algunos de ellos prevén

medidas comerciales o relacionadas con el comercio, lo que los hace coincidir en su ámbito material con diversas disposiciones de algunos acuerdos del régimen del comercio internacional.

3. La fuerza institucional que tiene la OMC en comparación a los AMUMA, en particular su Órgano de Solución de Diferencias con competencia obligatoria, indican que probablemente atraerá a su jurisdicción las diferencias por la aplicación de una restricción comercial por razones ambientales.

4. En cualquier caso conviene decir que los AMUMA y los acuerdos de la OMC pueden y deben apoyarse mutuamente de conformidad con el objetivo del desarrollo sostenible ya que entre sus disposiciones no existe una contradicción directa. Por un lado, las normas de la OMC establecen excepciones a sus obligaciones generales que permitirían aplicar una medida comercial para proteger el medio ambiente. Por otro lado, con frecuencia los AMUMA con medidas comerciales o de incidencia comercial prohíben la aplicación de medidas discriminatorias o que escondan motivaciones proteccionistas.

5. Sin embargo, el régimen del comercio internacional podría restar eficacia a los AMUMA de incidencia comercial en contra del objetivo del desarrollo sostenible si las normas de la OMC, y muy especialmente sus excepciones ambientales, son interpretadas por el OSD de la OMC de forma que ilegitimen una restricción comercial no proteccionista adoptada por un miembro para lograr los objetivos de un acuerdo ambiental multilateral.

6. El riesgo de que esto ocurra existe ya que, por un lado, ninguna medida comercial unilateral para proteger el medio ambiente aplicada por los miembros de la OMC (y antes del GATT) ha logrado superar las exigencias que, pese a no encontrarse en los textos, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación han deducido de las normas de la OMC y, por otro lado, los acuerdos comerciales no hacen una distinción formal entre las medidas unilaterales y multilaterales que garantice que éstas últimas serán sometidas a exámenes de legalidad menos exigentes que las primeras.

7. Una medida comercial ambiental es unilateral si ha sido adoptada por un Estado sin la cooperación, consentimiento de otros Estados o institución internacional, para asegurar el logro de objetivos ambientales definidos por sus procesos políticos domésticos. Por otro lado, una medida comercial ambiental es multilateral si ha sido adoptada por un Estado en cumplimiento de una obligación consignada en un acuerdo multilateral que protege, directa o indirectamente, el medio ambiente. El principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece una preferencia por las medidas comerciales multilaterales sobre las unilaterales para hacer frente a los problemas ambientales que afectan a más de un Estado. Esto se debe a que, a diferencia de lo que sucede con las medidas unilaterales que se prestan más fácilmente a esconder motivaciones proteccionistas bajo una aparente preocupación ambiental, las medidas multilaterales tienen a su favor la presunción de que los objetivos que persiguen son auténticamente ambientales.

8. En cualquier caso, la preferencia por las medidas basadas en el consenso internacional establecido en el Principio 12 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo no encuentra reflejo formal en las normas de la OMC. Más aún,

no todas las medidas comerciales que es posible adoptar en el contexto de un AMUMA son consideradas multilaterales, por lo menos, no desde la OMC. Las medidas comerciales específicas que se aplican a terceros Estados, las medidas comerciales no específicas aunque se apliquen entre Estados miembros de la OMC vinculados al acuerdo ambiental y las medidas adoptadas por recomendación de los órganos de gestión de los AMUMA, no son consideradas un reflejo auténtico del consenso internacional.

9. Es natural pensar, por lo tanto, que las medidas “unilaterales” adoptadas en contexto multilateral tienen mayor potencial de generar interacciones negativas entre el régimen del comercio internacional y los AMUMA de incidencia comercial.

10. Es posible que el examen de la relación entre los AMUMA y las normas de la OMC, que actualmente realiza el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) por mandato de la Declaración de Doha, produzca algunas modificaciones formales en los acuerdos comerciales que permitan la adopción de medidas comerciales multilaterales específicas que se aplican entre Estados miembros. No obstante, los aspectos más controvertidos de la relación entre AMUMA y las normas de la OMC, es decir, las medidas no específicas o las aplicadas a Estados que no son parte aunque se trate de medidas específicas, no se beneficiarán de tales modificaciones por no estar incluidos como temas en el mandato conferido al CCMA.

11. Tomando en cuenta que en el contexto del régimen internacional del comercio la legalidad de las medidas comerciales adoptadas en el contexto de un AMUMA dependen únicamente de la forma que son interpretadas las normas de los acuerdos

comerciales, es importante evitar aquellas interpretaciones que puedan dar lugar a ilegitimar una medida ambiental no proteccionista, para favorecer así el logro del objetivo del desarrollo sostenible.

Tercera

1. La forma en que son *interpretados* los artículos III y XX del GATT puede restar efectividad a los AMUMA que contemplan prohibiciones o limitaciones al comercio de productos para lograr sus objetivos, como el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres o el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. En parte, esto se debe a que, en algunos casos, las restricciones comerciales adoptadas para proteger el medio ambiente no son sometidas a exámenes de legalidad que busquen determinar si, tras la medida en cuestión, subyacen motivaciones proteccionistas.

2. En el juicio sobre la similitud de dos productos del artículo III.1 del GATT no se toma en cuenta si el trato diferenciado ha sido adoptado con base en consideraciones ambientales auténticas. Una vez que dos productos son considerados similares la discriminación comercial entre éstos no estará permitida. De hecho, al realizar el juicio de legalidad será irrelevante que no haya habido intenciones proteccionistas al adoptar la medida.

3. Aun en los casos en que el estudio del proteccionismo forma parte de los exámenes de legalidad, como sucede con la interpretación en el artículo III.2, las medidas comerciales adoptadas con base en preocupaciones ambientales auténticas pueden ser declaradas proteccionistas y contrarias al GATT. Esto se debe al inadecuado

enfoque que ha sido adoptado por el Órgano de Apelación al examinar el proteccionismo. El Órgano de Apelación ha dicho que es irrelevante que el proteccionismo no fuera un objetivo pretendido, la vulneración del GATT, en su opinión, tendrá lugar si la medida fiscal de que se trata llega a "aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional". El problema es que, normalmente, las restricciones fundadas en preocupaciones ambientales auténticas, como efecto secundario, proveerán protección de algunos productores domésticos. Esto es así porque todas las restricciones comerciales, por su naturaleza, limitan el curso de algunos productos en el mercado, permitiendo que otros productos – en este caso ambientalmente inocuos- ocupen su lugar.

4. Esta forma de examinar la similitud de dos productos puede influir en la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio que está destinado a evitar que los reglamentos técnicos discriminen entre productos similares. Llegado el caso, este tipo de interpretaciones podría influir en los exámenes de legalidad por la aplicación de un sistema de ecoetiquetas en el contexto del Protocolo de Cartagena sobre seguridad biotecnológica, si los organismos vivos modificados y los no modificados son considerados productos equiparables.

5. Los efectos ambientales de los métodos de producción que no afectan a las características físicas de un producto no son reconocidos como criterio válido para determinar la similitud de dos productos en el GATT. Esta situación ha llevado a concluir que los reglamentos que se basen en los procesos o métodos de producción, sin afectar las características físicas de los productos, no pueden ser considerados

reglamentos internos a la luz de la nota interpretativa del artículo III, obligando a que sean remitidas otras disposiciones como el artículo XI, en donde serán descalificadas.

6. De este modo, los miembros de la OMC no podrán utilizar medidas comerciales para proteger el medio ambiente fuera de su jurisdicción. No obstante, en principio, una medida comercial que viole los artículos I, III y XI podría ser legitimada si encuentra justificación en alguna de las excepciones ambientales del artículo XX del GATT.

Cuarta

1. A pesar de que las interpretaciones del Órgano de Apelación han logrado que actualmente sea relativamente sencillo que una medida logre justificarse provisionalmente en los incisos b) y g) del artículo XX del GATT, también ha conseguido que sea difícil que logren satisfacer las condiciones establecidas en la cláusula introductoria de tal disposición.

2. El Órgano de Apelación ha interpretado el preámbulo del artículo XX de forma restringida para evitar que el recurso a las excepciones interfiera con el derecho de acceso a los mercados derivado de otras normas del GATT. El preámbulo, en opinión del Órgano de Apelación, debe trazar una línea de equilibrio entre los derechos del país importador conforme al artículo XX y los derechos del país exportador derivados de normas substantivas del Acuerdo General como el artículo XI. A diferencia de lo que sostiene el Órgano de Apelación, el límite material a las excepciones del artículo XX se establece en los incisos de la a) a la j) y las condiciones son las que se enumeran en la cláusula introductoria. Al interpretar el preámbulo como un “equilibrio de derechos”, el Órgano de Apelación limita el recurso a las excepciones del artículo XX más de lo que

permite el texto de la norma. Más aún, la interpretación del Órgano de Apelación es contraria al texto del preámbulo del artículo XX, que dispone ninguna disposición del GATT deberá ser interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte medidas necesarias, incluidas las restricciones comerciales, para lograr los objetivos de orden público que enumera en sus incisos, entre los que se encuentran diversos elementos del medio ambiente.

3. La jurisprudencia del GATT/OMC aún no ha desarrollado ningún estándar claro de racionalidad que permita determinar cuándo la discriminación puede justificarse o no es arbitraria. No obstante, cuando en el asunto *Camarón-Tortugas* los Estados Unidos sugirió que la política de la excepción del artículo XX podría ser la base para determinar la justificación de una diferencia de trato comercial a los productos de diferentes países, el Órgano de Apelación negó razón a tales argumentos y dejó claro que, en su opinión, el objetivo de la medida se analiza en el momento de determinar si se justifica provisionalmente en los incisos b) y g), pero no podía ser la base para establecer su justificación a la luz del preámbulo del artículo XX. De este modo, el Órgano de Apelación priva al preámbulo del artículo XX del único contexto que racionalmente podría legitimar una discriminación por razones ambientales.

4. El Órgano de Apelación aún no ha resuelto una de las preguntas básicas del debate *comercio-medio ambiente*, la relativa a la legalidad de las restricciones comerciales para proteger el medio ambiente fuera de la jurisdicción del país que aplica la medida. Aunque el Órgano de Apelación en el caso *Camarón-Tortugas* sostiene que es normal que las medidas de este tipo busquen forzar cambios en las prácticas productivas o políticas de conservación de terceros países, al final el Órgano de

Apelación no resuelve la controversia con base en los anteriores razonamientos, sino que contradictoriamente, su decisión parece fundarse en el nexo jurisdiccional que existe entre el país que había aplicado la medida y los bienes que se deseaba proteger. De este modo, el estatus legal de este tipo de medidas en el marco del Sistema Multilateral de Comercio aún es incierto.

5. Las interpretaciones anteriores, especialmente las relativas al inciso b) del artículo XX del GATT, podrían influir negativamente en la interpretación del inciso b) del artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) cuyos términos son prácticamente idénticos.

Quinta

1. Los controles comerciales basados en la información, que se contemplan en algunos AMUMA como el Acuerdo Fundamentado Previo del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología, pueden encontrar algunas dificultades para cumplir las exigencias del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF). El Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología autoriza a las partes contratantes a adoptar medidas preventivas incluso en el caso de que, por la falta de información científica, no se pueda llevar a cabo una evaluación del riesgo. Pese a que el artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF permite la adopción de medidas provisionales (preventivas) sobre la base de la información pertinente de que se disponga, incorporando el principio de precaución del Derecho internacional, en opinión del Órgano de Apelación, el principio de precaución no es una excepción para las obligaciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 que exigen llevar a cabo una evolución del riesgo. Así, cuando no exista información suficiente para realizar la evolución del

riesgo, las medidas preventivas adoptadas en virtud del Protocolo de Cartagena no podrán justificarse en el artículo 5.7 del Acuerdo MSF.

2. Otro aspecto que podría generar algunos conflictos es que en el Acuerdo MSF las medidas preventivas tienen carácter provisional al estar condicionadas, por un lado, a que los miembros busquen más información que les permita realizar una evaluación objetiva del riesgo y, por otro lado, a que se evalúe la medida en un plazo razonable. El Protocolo de Cartagena no impone una limitación temporal para la aplicación de las medidas preventivas ni obliga a los Estados Parte a buscar más información o a revisar la medida dentro de un plazo razonable. Por lo tanto, las medidas preventivas adoptadas en el marco del Protocolo de Cartagena, incluso si están basadas en una evaluación del riesgo -aunque éste por la falta de información no arroje resultados concluyentes-, podrían no encontrar justificación en el artículo 5.7 si no van acompañadas de esfuerzos por conseguir más información que permita realizar una evaluación más objetiva del riesgo, o no se revisa dentro de un plazo razonable.

Sexta

1. La expansión del ámbito material normativo del régimen del comercio internacional, producto de la Ronda Uruguay, ha tenido por consecuencia el surgimiento de nuevos puntos de interacción con los AMUMA que, a diferencia de lo que sucedía antes de la creación de la OMC, no se centran en el comercio de productos y las normas del GATT. Este es el caso de la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) que actualmente examina el CCMA. Aunque tampoco existe una contradicción directa entre estos acuerdos, algunas

disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC podrían dar lugar algunas interacciones negativas que resten efectividad al CDB.

2. Uno de los objetivos que persigue el CDB es lograr el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos biológicos entre todos los que hayan contribuido a la gestión de los recursos y al proceso científico o comercial. Por esta razón, el Convenio exige que el acceso se realice en condiciones mutuamente acordadas, en donde el solicitante obtenga el consentimiento fundamentado del país de origen. Los principios de la nación más favorecida y de trato nacional del Acuerdo sobre los ADPIC pueden ser vulnerados si una negociación sobre acceso a los recursos genéticos otorga distintos estándares de protección de DPI para productos competidores, nacionales y extranjeros, elaborados con los mismos recursos, o extranjeros que compiten entre sí en el mercado de otro miembro. Así mismo, es posible que el monopolio de explotación, que garantizan los DPI, coloque a sus titulares en una posición de negociación ventajosa frente a los países biodiversos, que puede ocasionar que los términos de los contratos sobre acceso a los recursos genéticos no reflejen un reparto justo y equitativo de los beneficios.

3. Por otro lado, el CDB alienta a los signatarios a proteger los conocimientos tradicionales de la apropiación indebida y reconoce que los DPI pueden influir en la aplicación del Convenio. El artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC permite las patentes para todos los campos de la ciencia y la tecnología si se trata de una invención nueva, que resulta de una actividad inventiva y es susceptible de aplicación industrial. El requisito de novedad es de aplicación problemática ya que no existe una interpretación universal de lo que exige. Algunas legislaciones, como la de Estados

Unidos, consideran que se cumple esta condición si no hay constancia de la existencia previa de la “invención”, ya sea en una patente o en una publicación, lo que facilita la práctica de la biopiratería, es decir, la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica que por su naturaleza, generalmente, no son publicados o patentados.

4. Adicionalmente, existe un debate ético y también jurídico sobre la patentabilidad de las formas de vida que gira en torno al párrafo 3 del artículo 27. Este párrafo permite excluir de patentabilidad las plantas y animales y otros microorganismos, así como los procesos esencialmente biológicos de producción de plantas o animales que no sean biológicos o microbiológicos. No obstante, obliga a los miembros a proteger las variedades vegetales a través de patentes, sistemas de protección *sui generis* efectivos o por medio de una combinación de ambos. El problema es que no existe acuerdo sobre lo que debe entenderse por un microorganismo y no se ha precisado cuál es su diferencia en relación con un procedimiento microbiológico. Así, algunos países podrán adoptar interpretaciones que incluyan sólo a los microorganismos modificados genéticamente, y no los que se encuentran en la naturaleza como tales, abriendo una ventana para las patentes sobre formas de vida. La referencia general a las plantas y animales y la falta de definición de lo que debe entenderse por un sistema *sui generis* “efectivo” de protección crea también incertidumbre sobre el alcance preciso de esta disposición, y permite distintas interpretaciones.

5. El CDB también ordena a sus partes contratantes a asegurar y/o facilitar el acceso a tecnologías para la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad. Aunque los DPI pueden ser un incentivo para que esta transferencia tenga lugar, el

monopolio de explotación que conceden puede llevar a los titulares de la tecnología a incrementar los precios que exigirán a cambio de su transferencia. Ahora bien, el Acuerdo sobre los ADPIC, además de considerar la transferencia tecnológica como uno de sus objetivos, reconoce que algunas medidas pueden ser necesarias para prevenir el abuso de los DPI por sus titulares que afecten las transferencias en este campo.

Séptima

1. Por otro lado, aún es pronto para saber cómo será la interacción entre el comercio de emisiones en el contexto de Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y las normas de la OMC. No está claro, por ejemplo, si las denominadas “unidades de la cantidad atribuida” (UCA) contienen un componente físico que permita que sean consideradas un producto, o bien, si al tener un valor de mercado y poder ser vendidas y adquiridas, puedan ser consideradas instrumentos negociables comprendidas dentro de los servicios financieros a los que son aplicables las normas del Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS). No obstante, si bien es verdad que es más probable que el comercio de emisiones sea considerado un servicio y no un producto, el hecho de que las UCA sean una creación de las Partes en el Protocolo de Kioto, con el fin específico de facilitar el cumplimiento de sus objetivos, indica que estas unidades no deberían ser consideradas ni una mercancía ni un servicio, resultando inaplicables el GATT y el AGCS.

2. En caso de que el AGCS resultara aplicable al comercio de emisiones, el principio de la Nación Más Favorecida podría ser violado si se da el caso de que un miembro de la OMC, que figura entre los países Anexo B del Protocolo de Kioto, realiza transacciones comerciales con otros miembros Anexo B, pero prohíbe o

condiciona el comercio de emisiones con otros países miembros también Anexo B. En el supuesto de que una medida de este tipo fuera adoptada no está claro que pudiera encontrar justificación en las excepciones ambientales del AGCS, ya que el comercio de emisiones sólo de forma indirecta protege la salud y la vida de las personas, de los animales, o sirve para preservar los vegetales.

3. Ahora bien, aunque el GATT o el AGCS no tengan aplicación, otras normas de la OMC pueden influir en el funcionamiento del comercio de emisiones del Protocolo de Kioto. El Protocolo de Kioto no establece de qué forma los países Anexo B deben administrar sus cuotas de emisión en el ámbito nacional. Dependiendo de los criterios utilizados para hacer este reparto algunos sectores serán beneficiados y otros serán afectados. Si la asignación de cuotas de emisión se traduce en una mejora en la condiciones de competencia de un sector nacional específico, es posible que los criterios para realizar las asignaciones sean percibidos por los competidores extranjeros como un subterfugio para la protección comercial, hasta el punto de considerar los beneficios adquiridos como una subvención a los que les sería aplicable el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC). Aunque las subvenciones debidamente diseñadas no deben presentar problemas en el contexto del Acuerdo SMC, no puede descartarse que asignaciones generosas y gratuitas de derechos de emisión en beneficio de un sector determinado de la producción lleguen a ser consideradas una subvención recurrible.

Octava

1. El SMC, la OMC que lo administra y su OSD, no funcionan con completa autonomía frente a otras normas de Derecho internacional. El propio Órgano de

Apelación reconoce que el Derecho internacional tiene un papel que desempeñar en las diferencias comerciales al decir que: “el GATT no debe leerse aislándolo clínicamente del Derecho internacional público”. Así, a diferencia de lo que sostienen algunos autores, determinar qué papel puede tener el Derecho internacional en las diferencias en la OMC no depende de responder si es o no un régimen especial o autónomo, sino de delimitar la jurisdicción substantiva de su OSD y los límites de su derecho aplicable.

2. No hay duda de que, al ordenar examinar las diferencias a la luz de los “acuerdos abarcados”, el artículo 7.1 del *Entendimiento que rige la solución de diferencias* (ESD) limita la competencia substantiva del OSD de la OMC precisamente a estos acuerdos. No obstante, la orden de examinar las diferencias a la luz de los “acuerdos abarcados” parece insuficiente para determinar que, sin lugar a dudas, el artículo 7.1 también limita a estos acuerdos el derecho aplicable. Pese a que la afirmación de que el ESD no contiene ninguna disposición que regule el derecho aplicable parece abusar de que este texto no utiliza la palabra “aplicar”, como hace el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y en su lugar únicamente ordena *examinar* la diferencia *a la luz* de las disposiciones de los acuerdos abarcados, la tesis de que el Derecho internacional es derecho aplicable en la OMC encuentra cierto apoyo en algunas decisiones del OSD en las que se han aplicado, sin ser parte de los acuerdos abarcados, algunos principios generales de Derecho internacional como son la atribución de la carga de la prueba, el principio de economía procesal, el derecho de acción y de representación, entre otros. Ya que no hay jerarquía entre normas de Derecho internacional distintas del *ius cogens*, se podría pensar que, al igual que los principios generales del derecho, otras normas de Derecho internacional vinculantes

para los Estados miembros, por ejemplo algunos AMUMA, puedan llegar a ser derecho aplicable por el OSD.

3. En virtud de que el artículo 7.1 del ESD limita la competencia substantiva a los acuerdos abarcados, el OSD sólo podrá considerar otras normas no-OMC si éstas son parte de los argumentos del miembro demandado y vinculan a todas las partes en la diferencia, de modo que sean útiles para determinar la aplicabilidad de los acuerdos abarcados o para ayudar a solucionar la diferencia de conformidad con el artículo 11 del ESD. Por ejemplo, en una diferencia entre dos miembros de la OMC, que a la vez sean partes en un AMUMA en cuyo contexto se ha aplicado una restricción comercial sometida a examen de legalidad ante el OSD, el miembro demandado podría, si fuera el caso, argumentar que el AMUMA es *ley especial* al GATT o que constituye una modificación *inter se* de las obligaciones comerciales, etc. En esta línea de ideas, los acuerdos abarcados no se podrán aplicar si tras analizar la relación de éstos frente a otras normas de Derecho internacional con base en las reglas sobre conflictos normativos se concluye que no son aplicables.

4. No obstante, conviene advertir que considerar derecho aplicable a otras normas distintas de los acuerdos abarcados en la OMC sólo aporta soluciones a un muy limitado número de las posibles interacciones negativas entre los AMUMA y las normas de la OMC. Esto se debe a que es poco probable que se presente un conflicto normativo entre un AMUMA y las normas de la OMC. La existencia de las excepciones ambientales en los acuerdos comerciales y las prohibiciones a la discriminación arbitraria e injustificadas que aparecen en la mayor parte de AMUMA indican que, generalmente, estos acuerdos admiten una interpretación armoniosa, lo que permitirá evitar al OSD

de la OMC aplicar las normas de conflicto. Más aún, incluso en el caso de que se dé un conflicto normativo, considerar que las normas no-OMC pueden ser aplicadas por el OSD no aportaría ninguna solución a uno de los aspectos de la relación OMC-AMUMA con mayor potencial de dar lugar a diferencias: las controversias que surjan por la aplicación de una medida comercial a un miembro de la OMC que no es parte en un AMUMA.

5. En los casos en que las normas distintas de los acuerdos abarcados no sean consideradas derecho aplicable en la OMC, en las diferencias en donde únicamente una de las partes esté vinculada a la norma no OMC -por ejemplo un AMUMA-, o bien, cuando no exista un conflicto normativo, sino únicamente un conflicto potencial, las normas de Derecho internacional aún podrán tener cierta influencia en las diferencias de la OMC por vía de las reglas generales sobre interpretación de los tratados. Al ser aplicable a toda la gama de interacciones posibles entre los AMUMA y las normas de la OMC, la vía de la interpretación es la mejor opción, al menos a corto plazo, para favorecer el apoyo mutuo entre regímenes de conformidad con el objetivo del desarrollo sostenible.

Novena

1. Efectivamente, aunque los cambios normativos necesarios para evitar las interacciones negativas entre las normas de la SMC y los AMUMA podrían lograrse a través de la negociación formal entre los miembros de la OMC, lo cierto es que la negociación no parece ser una solución a corto plazo. Esto se debe a que, como ya hemos mencionado, el limitado mandato de la Declaración de Doha es manifiestamente insuficiente para favorecer el apoyo mutuo entre estos ámbitos normativos al no ordenar examinar los aspectos potencialmente más controvertidos. La técnica de la negociación

solamente podría considerarse un esfuerzo serio por favorecer las sinergias entre estos campos si los miembros decidieran establecer un marco de discusión más amplio que incluya examinar toda la gama posible de interacciones entre los AMUMA y las normas de la OMC, algo que, al menos en un futuro cercano, es poco probable que se produzca.

2 De esta manera, el activismo judicial, respetuoso de los límites del ESD, se presenta como la mejor opción a corto plazo para introducir a través de una interpretación sostenible de los acuerdos comerciales algunos cambios en el régimen del comercio internacional para equilibrar los intereses comerciales y ambientales de conformidad con el objetivo del desarrollo sostenible. Al decir interpretación sostenible nos referimos a interpretaciones de los acuerdos comerciales que, por un lado, favorezcan los intereses comerciales prohibiendo las medidas proteccionistas y, por otro lado, beneficien al medio ambiente evitando que las normas de la OMC puedan ser un obstáculo para las medidas comerciales no proteccionistas adoptadas en el contexto de un AMUMA.

3. El artículo 3.2 del ESD dispone que cuando sea necesario aclarar los términos de los “acuerdos abarcados” cuyo sentido sea oscuro o vago los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación deben aplicar las normas consuetudinarias de Derecho internacional público sobre la interpretación de los tratados. Por otro lado, esta misma disposición prohíbe que a través de la interpretación aumentar o disminuir los derechos de los miembros. Así, la prohibición de aumentar o disminuir los derechos de los miembros y la exigencia de aplicar las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público son los dos límites que encuentra el activismo judicial del OSD en la OMC.

4. El artículo 3.2 del ESD puede prestar un gran servicio al objetivo del desarrollo sostenible, toda vez que el contenido de algunos de los términos de los acuerdos abarcados con mayor potencial de generar interacciones negativas con los AMUMA aún no han sido claramente definidos y, por lo tanto, podrían ser interpretadas con el fin de lograr un apoyo mutuo entre estos regímenes. Este es el caso de los artículos XX del GATT y XIV del AGCS, en donde el contenido de las exigencias del preámbulo y de las excepciones ambientales son todo menos claros. Las excepciones sobre patentabilidad del artículos 27.2 y 27.3.b) del Acuerdo sobre los ADPIC también adolecen de falta de definición lo que ha generado mucha controversia. En la misma situación de imprecisión se encuentra el objetivo del “desarrollo sostenible” del preámbulo del acuerdo por el que se establece la OMC.

5. Las normas consuetudinarias de Derecho internacional público establecen como primer regla de interpretación que un acuerdo internacional debe ser interpretado según el sentido ordinario de sus términos, tomando en cuenta su contexto, objeto y fin. En la OMC, el objetivo del desarrollo sostenible que aparece en el preámbulo del acuerdo por el que ésta fue establecida, en palabras del Órgano de Apelación: “debe dar color, consistencia y matiz a las interpretaciones de los acuerdos comerciales”. Aunque no siempre es sencillo determinar cuáles son las acciones concretas que se requieren para lograr el objetivo del desarrollo sostenible, no hay duda de que este concepto busca lograr compatibilizar las necesidades sociales de desarrollo, las necesidades económicas de crecimiento y las necesidades ambientales de preservación del medio para las generaciones futuras. Es claro pues que alcanzar el apoyo mutuo entre el régimen del comercio internacional y los AMUMA como lo exige el objetivo del desarrollo sostenible actualmente depende, al menos en parte, de que las disposiciones ambientales

de los “acuerdos abarcados” sirvan, por un lado, para ilegitimar las medidas proteccionistas que limitan el crecimiento económico y el desarrollo y, por otro lado, se constituyan a la vez en un puerto seguro para las medidas ambientales no proteccionistas. Por ejemplo, una interpretación sostenible del artículo XX del GATT debería llevar a concluir que, salvo prueba en contrario, las medidas adoptadas para lograr los objetivos de un AMUMA cumplen las exigencias para que se justifiquen como excepción, pues la mera existencia del acuerdo indica que existe una preocupación ambiental auténtica tras la medida.

Décima

1. Desde un punto de vista sustantivo, se podría lograr dar mayor peso a las consideraciones ambientales si son introducidas como derechos positivos en la interpretación del artículo III del GATT. Para tal efecto sería conveniente que empiece a considerarse el estudio del propósito normativo en la determinación sobre la similitud de dos mercancías. Del mismo modo, es importante que se reconozca que el artículo III no contiene una prohibición expresa de las restricciones comerciales normativas basadas en los procesos o métodos de producción no relacionados a los productos.

2. El equilibrio que se pretende establecer entre los intereses comerciales y los de protección del medio ambiente no puede lograrse únicamente introduciendo los cambios sugeridos en la interpretación del artículo III, también es necesario que el artículo XX sea aplicado de forma efectiva. Para esto, se deben reconocer sus límites y condiciones naturales. Es decir, que el límite al recurso del artículo XX se encuentran en los objetivos de orden público establecidos en los incisos de la a) a la j) y que las condiciones son únicamente aquellas que se establecen en el preámbulo.

3. Ahora bien, el compromiso con el desarrollo sostenible que la OMC asume en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech podría traducirse en una realidad si se interpreta el artículo XX permitiendo la aplicación de restricciones comerciales para proteger los bienes ambientales cuya sostenibilidad esté en peligro. Para esto sería necesario evitar interpretar en términos de límites jurisdiccionales la referencia al *vínculo suficiente* mencionado por el Órgano de Apelación en el asunto *Camarón-Tortugas*. Será importante también que se establezca un criterio que permita determinar cuándo una medida se justifica o no es arbitraria de conformidad a la cláusula introductoria del artículo XX. En ese sentido, las únicas condiciones pertinentes para determinar que entre dos países no existen las mismas condiciones y, por lo tanto, que el trato diferenciado entre éstos no es arbitrario o injustificado, debe tener alguna relación directa con el objetivo de orden público que se pretende proteger.

4. En la medida en que sean aplicables las anteriores interpretaciones del GATT deberían hacerse extensivas a otros acuerdos, en particular al AGCS.

BIBLIOGRAFÍA

I.	DERECHO INTERNACIONAL.....	462
	A) <i>Aspectos generales</i>	462
	B) <i>Derecho de los Tratados internacionales</i>	463
	C) <i>Interpretación de las normas internacionales</i>	464
	D) <i>Derecho de las Organizaciones internacionales</i>	464
	E) <i>Tribunales internacionales y solución de diferencias</i>	464
II.	DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE.....	466
	A) <i>Aspectos generales sobre el medio ambiente y su protección</i>	466
	B) <i>Derecho internacional del medio ambiente: Aspectos generales</i>	467
	C) <i>Acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente</i>	468
	D) <i>Responsabilidad internacional por daños al medio ambiente y solución de diferencias</i>	470
III	DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL GATT/ OMC.....	471
	A) <i>Aspectos generales</i>	471
	B) <i>El comercio de bienes y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio</i>	472
	C) <i>Propiedad intelectual/comercio y el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio</i>	473
	D) <i>Comercio de servicios y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios</i>	474
	E) <i>El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio</i>	475
	F) <i>Solución de diferencias</i>	475
IV	LA RELACIÓN ENTRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL COMERCIO INTERNACIONAL.....	476
	A) <i>Comercio, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible: Aspectos generales</i>	476
	B) <i>Debate OMC / GATT- medio ambiente</i>	477
	C) <i>Medidas comerciales ambientales y el régimen del comercio internacional</i>	479
	D) <i>Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente y las normas del GATT / OMC</i>	482
	E) <i>Solución de diferencias sobre comercio y medio ambiente</i>	486
V.	OTROS TEMAS.....	486

I. DERECHO INTERNACIONAL

A) ASPECTOS GENERALES

- Adouki, D. E., *Droit international public: Tome 1 – Les sources* -, Paris: L'Harmattan, 2002.
- Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Madrid: Ed. Tecnos, S.A., 1969.
- Casanovas, O., “Unidad y Pluralismo en Derecho internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. II, 1998, pp. 35-268.
- Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, 15ª Ed., Madrid: Tecnos, S.A., 2005.
- Bernhardt, R. (eds.), *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam: North-Holland, Vol. 7, 1981-1990.
- Gutiérrez Espada, C., *Derecho internacional público*, Madrid: Ed. Trotta, S.A., 1995.
- Halajczuk, B. T. y Moya, M. T., *Derecho internacional público*, Argentina: Ediar, 1999.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford: Calderon Press, 1961.
- Juste Ruiz, J. y Castillo, M., *Derecho Internacional Público*, Valencia: Punto y Coma, 2000.
- Kelsen, H., “Théorie du Droit international public”, *Recueil des cours*, 84 (1953 III), pp. 1-203.
- Mariño Menéndez, F. M., *Derecho internacional público: parte general*, 3ra. Ed., Madrid: Trotta, S.A., 1999.
- Morelli, G., “Curs général de droit international public”, *Recueil des cours*, 1956, t. I., No. 89, pp. 437-603.
- Pastor Ridruejo, J., *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Novena edición; Madrid: Ed. Tecnos, S.A., 2003.
- Remiro Brotons, A., Izquierdo, C., Epósito, C. y García, S., *Derecho Internacional [Textos y otros documentos]*, Madrid: McGraw-Hill, 2001.
- Reuter, P., “Principes de Droit International Public”, *Recueil des tours*, 1961-II, Tome 103, pp. 425-655.
- Sepúlveda, C., *Derecho internacional*, México: Editorial Porrúa, 1996.
- Tomuschat, C., “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des cours*, 1999, Tome 281, pp. 13-438.
- Walz, G. A., *Esencia del Derecho internacional y crítica de sus negadores*, trad. esp. A. Truyol y Serra, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.

1. *Unidad y fragmentación del Derecho Internacional*

- Cannizzaro, E. y Bonafé, B., “Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case”, *The European Journal of International Law*, Vol. 16, N.3, 2005, pp. 481-497.
- Jackson, J., “Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization”, *Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, N. 4, 1999, pp. 823-832.

- Kuyper, P., "The Law of the GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, Further Refinement or Self Contained Regime of International Law?", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXV, 1994, pp. 227-257.
- Simma, B., "Self-Contained Regimes", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol 16, 1985, pp. 111-136.
- Wellens, K. C., "Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXV, 1994, pp. 3-37.
- Zapatero, P., "Sistemas jurídicos especiales", *Revista española de Derecho internacional*, Vol. LVII, 2005, pp. 187-207.

2. *Las relaciones entre las normas de Derecho internacional público*

- Akehurst, M., "The Hierarchy of Sources of International Law", *The British Yearbook of International Law* 1974-75, pp. 273-285.
- Borgen, C. J., "Resolving Treaty Conflicts", *George Washington International Law Review*, Vol. 37, 2005, pp. 573-648.
- Chinkin, C., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, pp. 850-866.
- Jenks, C. W., "Conflict of Law-Making Treaties", *British Yearbook of International Law*, Vol. 30, 1953, pp. 401-453.
- Levan, A., "Legal Nature of Ius Cogens in Contemporary International Law", *Academie de Droit International Collected Courses*, 1981, Vol. III, pp. 227-269.
- Lidroos, A., "Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, 2005, pp. 27-66.
- Roucounas, E., "Engagements parallèles et contradictoires", *Recueil des cours*, Vol. 206, 1987-VI, pp. 9-288.
- Sadat-Akhavi, S., *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Vranes, E., "Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior- Zur Rechtsnatur der "Konfliktlösungsregeln", *Heidelberg journal of international law*, Vol. 65, 2005, pp. 391-405.
- Weiler, H. y Paulus, A., "The Structure of Change in International law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 8, No. 4, 1997, pp. 545-566.

B) DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

- Bastid, S., *Les traités dans la vie internationale: conclusion et effets*, Paris: ed. Economica, 1985.
- Bishop, W. Jr., "Reservations to Treaties", *Recueil des cours*, 1961-II, pp. 249-340.
- Boyle, A., "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Part 4, October 1999. pp. 901-913.
- De la Guardia, E., *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1997.
- Kearney, R. D. y Dalton, R. E., "The Treaty on Treaties", *American Journal of International Law*, Vol. 64, N.3, 1970, pp. 495-561.

- Klabbers, J., *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Myers, D. P., "The Names and Scope of Treaties", *American Journal of International Law*, Vol. 51, 1957, pp. 574-605.
- Redgwell, C., "Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties", *British Journal of International Law*, Vol. 64, 1993, pp. 245-282.
- Remiro Brotons, A., *Derecho internacional público. II. Derecho de los Tratados*, Madrid: Ed. Tecnos, S.A., 1987.
- Reuter, P., *Introduction au droit des traités*, 3e édition, France: Presses Universitaires de France, 1995.
- Sáenz de Santa María, M. P. A., "La incorporación por referencia en el Derecho de los Tratados", *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. XXVII, No. 1, 1984, pp. 7-40.
- Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester: University Press, 1984.
- Verhoeven, J., "Traité ou contrats entre États? Sur les conflits de lois en droit des gens", *Journal du droit international*, Vol. 111, 1984, pp. 5-36.
- Widdows, "On the Form and Distinctive Nature of International Agreements", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 7, 1976-1977, pp. 114-128.

C) INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

- Fernandez de Casadevante, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996.
- French, D., "Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, April 2006, pp. 281-314.
- McLachlan, C., "The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, pp. 279-320.
- Sur, S., *L'interprétation en droit international public*, Paris: L.G.D.J., 1974.
- Voïcu, I., *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris: Éditions A. Pédone, 1968.

D) DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

- Diez de Velasco, M., *Las Organizaciones internacionales*, 15^a Ed., Madrid: Tecnos, S.A., 2006.
- Dupuy, R. J., *L'application des regies de droit international general des traites aux accords conclus par les organizations internationales*, Geneva: Institute of International Law, 1972.
- Pastor Ridruejo, J., *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Novena edición, Madrid: Ed. Tecnos, S.A., 2003.
- Menon, P. K., *The Law of Treaties Between States and International Organizations*, Lewiston: The Edwin Mellen Press, 1992.

E) TRIBUNALES INTERNACIONALES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- Boisson de Chazournes L. y Heathcole, S., "The Role of the New International Adjudicator", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 25, April 2001, pp. 129-138.

Charney, J. I., "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals", *Recueil des Cours*, Vol. 271, 1988, pp. 101-382.

Chinkin, C., "Alternative Dispute Resolution under International Law", en: Evans, M. (ed.), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Oxford: Hart Publishing, 1996, pp. 123-140.

Keohane, R. O., Moravcsik, A. y Slaughter, A. M., "Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational", *International Organization*, Vol. 54, No. 3, 2000, pp. 457-488.

Romano, C. P. R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, N. 4, 1999, pp. 709-752.

Shahabuddeen, M., *Precedent in the World Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

Shany, Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

Van der Vyver, J. D., "The International Criminal Court and The Concept of Mens REA In International Criminal Law", *University of Miami International and Comparative Law Review*, Vol. 12, Summer 2004, pp. 57-149.

1. *Activismo judicial*

Ginsburg, T., "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45, Spring 2005, pp. 631-673.

Koskenniemi, M., "The Silence of Law/The Voice of Justice", en: L. Boisson de Chazournes y P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, United Kingdom: Cambridge University Press, 1999, pp. 488-510.

Pair, L. M., "Judicial Activism in the ICJ Charter Interpretation", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, Fall 2001, pp. 181-221.

Steinber, R. H., "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints", *American Journal of International Law*, Vol. 98, N. 2, 2004, pp. 247-275.

2. *Doctrina del non liquet*

Bodansky, D., "Non liquet and the incompleteness of international law", en: Boisson de Chazournes, L. y Sands, P. (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, United Kingdom: Cambridge University Press, 1999, pp. 153-170.

Lauterpacht, H., "Some Observations on the Prohibition of "Non Liquet" and the Completeness of the Law", en: Koskenniemi, M., *Sources of International Law*, Aldershot: Ashgate Publishin Ltd., 2000, pp. 433-458.

Spierman, O., "Lotus and the Double Structure of International Legal Argument", en: Boisson de Chazournes, L. y Sands, P. (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, United Kingdom: Cambridge University Press, 1999, pp. 131-152.

Stone, J., "Non Liquet and the Function of Law in the International Community", *British Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1959, pp. 124-161.

Weil, P., "The Court Cannot Conclude Definitively. . . Non Liquet Revisited", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 1998, pp. 109-119.

II. DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

A) ASPECTOS GENERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y SU PROTECCIÓN

Bilder, B., "The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environmental Injury", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 14, No.1, 1981, pp. 51-95.

Blackhurst, R. y Subramanian, A., "Fomento de la cooperación multilateral en materia del medio ambiente", en: Anderson, K. y Blackhurst, R. (eds.), *El comercio mundial y el medio ambiente*, Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1992, pp. 277-300.

Bodansky, D., "What's so Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, pp. 339-347.

Carlson, R., *Silent Spring*, London: Hamish Hamilton, 1963.

Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, Madrid: Alianza Editorial S.A., 1992.

Dooge, J. y Brennan, M. (eds), *An Agenda of Science for Environment and Development into the 21st Century*, Cambridge University Press, 1992.

Drumbl, M., "Northern Economic Obligation, Southern Moral Entitlement, and International Environmental Governance", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 27, No. 2, 2002, p. 363-382.

Elliot, L., *The Global Politics of the Environment*, London: McMillan Press Ltd. 1998.

Gray, K. R., "II. World Summit On Sustainable Development: Accomplishments And New Directions?", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, January 2003, pp. 256-268.

Orduna, P., *El Medio Ambiente en la Política de Desarrollo*, Madrid: ESIC Editorial, 1995.

PNUMA, *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2002 (GEO3): Pasado, Presente y Futuro*, Madrid: Mundi-Prensa, 2002.

Programa 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Tomo II, Madrid: MOPT, 1992.

Russell, B., *Has Man a Future?*. Harmondsworth Penguin Books, 1961.

Sjöstedt, G., Spector, B. I. y Zartman, I. W. (eds.), *Negotiating International Regimes: Lessons Learned from the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, Great Britain: Graham & Trotman, 1994.

1. *Economía y medio ambiente*

Boyle, A. E., *Environmental Regulation and Economic Growth*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

Chang, H., "Carrots, Sticks, and International Externalities", *International Review of Law and Economics*, Vol. 17, No. 3, September 1997, pp. 309-324.

Dasgupta, P. S., "The Environment as a Commodity", *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 6, 1990, pp. 51-67.

Myers, N. y Kent, J., *Perverse Subsidies: Tax and Undercutting Our Economics and Environments Alike*, Winnipeg: International Institute of Sustained Development, 1998.

The Club of Rome, *The Limits of Growth*, New York: Universe Books, 1972.

2. *Transferencia de tecnología*

Alberts, C. M., "Technology Transfer and its Role in Internacional Environmental Law: A Structural Dilema", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 6, Fall Sigue, 1992, pp. 63-84.

Anderson, M., *Technology. The Law of Exploitation and Transfer*, London: Butterworths, 1996.

Ashford, N. A. y Ayers, C., "Policy Issues for Consideration in Transferring Technology to Developing Countries", *Ecology Law Quarterly*, Vol. 12, No. 4, 1985, pp. 871-906.

Munari, F., "Technology Transfer and the Protection of the Environment", en: Francioni, F. (ed.), *Environment, Human Rights & International Trade*, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 157-178.

Subsidiary Body on Scientific, Technical And Technological Advice, *Ways and Means to Promote and Facilitate Access to, and Transfer and Development of Technology, Including Biotechnology*. UNEP/CBD/SBSTTA/2/6, 12 August 1996.

Verhoosel, G., "Beyond the Unsustainable Rhetoric of Sustainable Development: Transferring Environmentally Sound Technologies", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 11, Fall 1998, pp. 49-76.

B) DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE: ASPECTOS GENERALES

Bothe, M., "Le Droit de l'environnement: sa voie de développement entre écologie et économie", en: Bothe, M. y Sand, P. H. (eds.), *La politique de l'environnement: De la réglementation aux instruments économiques*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 37-99.

Brown Weiss, E., "International Environmental Law: Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 81, 1993, pp. 675-710.

_____*Environmental Change and International Law*, Tokio: United Nations University Press, 1992.

Brown Weiss, E., Barstow, D. y Szasz, P. C. (eds.), *International Environmental Law: Basic Instruments and References*, New York: Transnational Publishers, 1992.

Dunhoff, J. L., "From Green to Global: Towards the Transformation of International Environmental Law", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 19, 1995, pp. 241-301.

Fitzmaurice, M. A., "International Protection of the Environment", *Recueil des cours*, Vol. 293, 2001, pp. 13-488.

Freestone, D. y Hey, E. (eds.), *The Precautionary Principle and International Law [The Challenge of Implementation]*, The Hague: Kluwer Law International, 1996.

Hunter, D., Sommer, J. y Vaughan, S., "Concepts and Principles of International Environmental Law: An Introduction", *Environment and Trade Paper Number 2*, PNUMA, 1994.

Jiménez de Parga, P., *El Principio de prevención en el Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid: La Ley, 2001.

Juste Ruiz, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid: McGraw-Hill, 1999.

Juste Ruiz, J., Blanc, A., López, F., Martín, R., Carbajo, D., De la Cuesta, J., Morales, F. y Valle, J. (Coordinador), *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona: Aranzandi Editorial, 1997.

Kiss, A., *Droit International de l'environnement*, Paris: Pedone, 1989.

Kiss A. y Shelton, D., *International Environmental Law*, London: Graham & Trotman Limited, 1991.

- Nanda, V. P., *International Environmental Law and Policy*, New York: Transnational Publishers, 1995.
- Paolillo, F., “Fuentes y Evolución del Derecho internacional del Medio Ambiente”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. II, 1998, pp. 349-428.
- Sands, P., *Principles of International Environmental Law*, Manchester: Manchester University Press, 1994.
- Vogler, J., *The Global Commons: A Regime Analysis*. West Sussex, England: John Wiley & Sons Ltd., 1995.
- Wolfum, R., “Means of Ensuring Compliance With and Enforcement of International Environmental Law”, *Recueil des cours*, Vol. 272, 1998, pp. 13-154.
- C) ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE
1. *Apectos generales*
- Gehring, T., “International Environmental Regimes: Dynamic Sectorial Legal Systems”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1990, Vol. 1, pp. 35-56.
- Kiss A., “Les traités-cadres: Une technique juridique caractéristique du droit international de l’environnement”, *Annuaire Français du Droit International*, XXXIX, 1993, pp. 792-797.
- Osakwe, C., “Finding New Packages of Acceptable Combinations of Trade and Positive Measures to Improve the Efectivness of MEAs: A General Framework”, en: Fijalkowski, A. y Cameron, J., *Trade and Environment: Bridging the Gap*, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 1998, pp. 38-55.
- Rodrigo, Á., “Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales del medio ambiente”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2001, pp. 155-244.
- Schiffman, H. S., “Reservations in Marine Environmental Treaties: Practical Observations and Legal Limitations”, *Whittier Law Review*, Vol. 26, Summer 2005, pp. 1003-1024.
- Susskind, L. y Ozawa, C., “Negotiating More Effective International Environmental Agreements”, en: Hurrell, A. y Kingsbury, B. (eds.), *The International Politics of the Environment: Actors, Interests, and Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1992, pp. 142-165.
- Szasz, P., “International Norm-Making”, en: Brown Weiss, E., *Environmental Change and International Law*, Tokio: United Nations University Press, 1992, pp. 41-80.
- UNEP/CIEL, “Effectiveness of Trade & Positive Measures in Multilateral Environmental Agreements: Lessons from the Montreal Protocol”, disponible en línea en www.ciel.org/Publications/EffectivenessofTradeandPosMeasures.pdf.
- Wold, C., “Implementation of Reservations Law In International Environmental Treaties: The Cases Of Cuba And Iceland”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 14, Winter 2003, pp. 53-118.
2. *La protección de la capa de ozono*
- Benedick, R. E., *Ozone Diplomacy: New Directions in Safeguarding the Planet*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- Brunnée, J., *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, New York: Transnational Publishers INC., 1988.

- Bryk, D. S., "The Montreal Protocol and Recent Developments to Protect the Ozone Layer", *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 15. No. 1, 1991, pp. 275-298.
- Lang, W. (ed.), *The Ozone Treaties and Their Influence on the Building of International Environmental Regimes*, Wien: Österreichische Außenpolitische Dokumentation, 1997.
- Ling, B., "Developing Countries and Ozone Layer Protection: Issues, Principles and Implications", *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 6, Winter 1992, pp. 91-126.
- Parson, E. A., *Protecting the Ozone Layer: Science and Strategy*, New York: Oxford University Press, 2003.
- Renzulli, J., "The Regulation of Ozone-Depleting Chemicals in the European Community", *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 14, Summer 1991, pp. 345-358.
- Stone, C. D., "A Study of the Financial Mechanism of the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer", *Environmental Layer*, Vol. 9, February 2003, pp. 399-461.
- Thoms, L., "A Comparative Analysis of International Regimes on Ozone and Climate Change with Implications for Regime Design", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41, 2003, pp. 795-859.
- Vorlat, K., "The International Ozone Regime: Concessions and Loopholes?", *Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 17, Winter 1993, pp. 135-156.
- Williams, V., "Ozone Depletion, Developing Countries, and Human Rights: Seeking Better Ground On Which to Fight for Protection of the Ozone Layer", *Journal of Natural Resources and Environmental Law*, Vol. 10, 1995, pp. 83-111.
3. *El régimen interno del cambio climático*
- Acquatella, J., *Fundamentos económicos de los mecanismos de flexibilidad para la reducción internacional de emisiones en el marco de la Convención de Cambio Climático (UNFCCC)*, Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2001.
- Rodrigo, Á., "Los Acuerdos de Marrakesh adoptados en la séptima reunión de la conferencia de las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático", *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. LIII, No.1-2, 2001, pp. 331-342.
- Halvorssen, A. M., "The Kyoto Protocol and Developing Countries-The Clean Development Mechanism", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 16, Spring 2005, pp. 353-375.
- Handl, G., "Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law", *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 1, 1990, pp. 3-34.
- Kiss, A., "The Implications of Global Change for the International Legal System", en: Brown Weiss, E., *Environmental Change and International Law*, Tokio: United Nations University Press, 1992, pp. 315-339.
- Missfeld, F., "Flexibility Mechanisms: Which Path to Take after Kyoto?", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 7, No. 2, July 1998, pp. 128-139.
- Saura, J., "Flexibility Mechanisms in the Kyoto Protocol: Constitutive Elements and Challenges Ahead", *Revue générale de droit*, Vol. 34, 2004, pp. 107-140.
- *El cumplimiento del Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático*, Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 2003.

- Shim, S., "Korea's Leading Role in Joining the Kyoto Protocol with the Flexibility Mechanisms as "Side-Payments", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 15, Winter, 2003, pp. 203-245.
- Tsai, S., "UNFCCC Technical Workshop on Mechanisms of the Kyoto Protocol", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy Yearbook*, 1999, pp. 220-229.
- Wirth, D. A., "The Sixth Session (Part Two) and Seventh Session of the Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change", *American Journal of International Law*, Vol. 96, July, 2002, pp. 648-660.
- Wiser, G., "Joint Implementation: Incentives for Private Sector Mitigation of Global Climate Change", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 9, 1997, pp. 747-767.
4. *La protección de la diversidad biológica, las especies animales y vegetales*
- AA. VV., *An Explanatory Guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*, Switzerland: IUCN in collaboration with FIELD and WRI, 2003.
- Beurier, J. P., "Le droit de la biodiversité", *Revue Juridique De L'Environnement*, Vol. 1, No. 2, 1996, pp. 5-28.
- Burhene-Guilmin, F., "L'access aux ressources génétiques: Les suites de l'article 15 de la Convention sur la Diversité Biologique", en: Prieur, M. y Lambrechts, C. (eds.), *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unieme siecle? études en hommage a Alexandre Kiss*, París: Frison-Roche, 1998, pp. 549-562.
- Favre, D. S., *Internacional Trade in Endangered Species: A Guide to CITES*, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- Horsch, R. B. y Fraley, R. T., "Biotechnology Can Help Reduce the Loss of Biodiversity", en: L. D. Guruswany y J. A. McNeely (eds.), *Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies*, London: Duke University Press, 1998, pp. 49-65.
- Robertson, E., "Finding a Compromise in the Debate Over Genetically Modified Food: An Introduction to a Model State Consumer Right to Know Act", *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Vol. 9, 2003, pp. 156-184.
- Rubin, S. M. y Fish, S. C., "Biodiversity Prospecting: Using Innovative Contractual Provisions to Foster Ethnobotanical Knowledge, Technology, and Conservation", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 5, Winter 1994, pp. 23-58.
- Scientists' Working Group on Biosafety, *Manual for Assessing Ecological and Human Health Effects of Genetically Engineered Organisms*, Washington: The Edmonds Institute, 1998.
- D) RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS
- Loibl, G., "Dispute Avoidance and Dispute Settlement in Environmental Law: Some Reflections on Recent Developments", *Curso de Derecho internacional*, Vol. XXIV, 1997, pp. 1-126.
- Juste Ruiz, J., "Responsabilidad internacional y daños al medio ambiente: Problemas de atribución", en: Jiménez Piernas, C. (ed.), *La responsabilidad internacional: Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, Alicante: Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales, 1990, pp. 113-136.

Kiss, A., "Present Limits to Enforcement of State Responsibility for Environmental Damage", en: Francioni, F. y Scovazzi, T. (eds.), *International responsibility for environmental harm*, London: Graham & Trotman, 1991, pp. 3-14.

Rüdiger, W. y Matz, N., *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin/London: Springer, 2003.

III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL GATT/ OMC

A) ASPECTOS GENERALES

Ávila, A. M., Castillo, J. A. y Díaz, M. A., *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*, Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

Bhagwati, J. y Hirsch, M. (eds.), *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Berlin: Springer-Verlag, 1998.

Charnovitz, S., "The World Trade Organization and Social Issues", *Journal of World Trade*, Vol. 5, October 1994, pp. 17-34.

Fernández Rozas, J. C., *Sistema del comercio internacional*, Madrid: Civitas, 2001.

Jackson, J., *The World Trade Organisation [Constitution and Jurisprudence]*, Great Britain: The Royal Institute of International Affairs, 1998.

___ *The World Trading System*, 2nd. Edition, London: The MIT Press, 1997.

Kelly, C. R., "Power, Linkage and Accomodation: The WTO as an International Actor and Its Influence on Other Actors and Regimes", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, 2006, pp. 79-128.

Koekkoek, A. y Mennes, L. B. M. (eds.), *International Trade and Global Development: Essays in honour of Jagdish Bhagwati*, London: Routledge, 1991.

Krugman, P. y Obstfeld, M., *Economía Internacional: Teoría y Política*, 4^a edición, Madrid: McGraw Hill, 1999.

Matsushita, M., Schoenbaum, T. J. y Mavroidis, P. C., *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, United States: Oxford University Press Inc., N. Y., 2003.

McGinnis, J. O. y Movsesian, M. L., "The World Trade Constitution", *Harvard Law Review*, Vol. 114, December 2000, pp. 512-604.

Ortino, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, United States and Canada: Hart Publishing, 2003.

Pauwelyn, J., "The Transformation of World Trade", *Michigan Law Review*, Vol. 104, October 2005, pp. 1-65.

___ "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?", *European Journal of International Law*, Vol. 14, N. 5, 2003, pp. 907-951.

Petersmann, E. "The WTO Constitution and the Millennium Round", en: Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 111-134.

Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo y otros, *Cómo lograr que el comercio global sea beneficioso para la gente*, Londres: Earthscan Publications Ltd., 2003.

- Steger, D., "The World Trade Organization: A New Constitution for the Trading System", en: Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 135-153.
- Rodrik, D. y Rodriguez, F., "Trade Policy and Economic Growth: A Sceptics Guide to the Cross-National Evidence", *NBER paper 7081*, April 1999.
- Trebilcock, M. J. y Howse, R., *The Regulation of International Trade*, London: Routledge, 1995.
- Tugores, J., *Economía Internacional: Globalización e Integración Regional*, 4ª edición, Madrid: McGraw Hill, 1999.
- World Trade Organization, *1997 WTO Annual Report*, Vol. I, Geneva, 1997.
- Zapatero, P., *Derecho del comercio global*, Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- B) COMERCIO DE BIENES Y EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO
- GATT, *Índice Analítico: Guía de las Normas y Usos del GATT*, 6ª Edición actualizada, Ginebra: OMC, 1995.
- Hansen, M. y Vermulst, E., "The GATT Protocol of Provisional Application: A Dying Grandfather?", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 27, 1989, pp. 263-308.
- Hill, T. P., "On Goods and Services", *Review of Income and Wealth*, Vol. 23, No. 4, 1977, pp. 315-338.
- Hudec, R., "The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence", en: Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 186-217.
- _____, "GATT/WTO Constrains on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test", *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3, Fall 1998, pp. 619-649.
- _____, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2nd Edition, United States of America: Butterworth Legal Publishers, 1990.
- Hufbauer, G. C., Erb, J. S. y Starr, H. P., "The GATT codes and the unconditional most-favored-nation principle", *Law & Policy International Business*, Vol. 12, 1980, p. 59-93.
- Jackson, J., "National Treatment Obligations and Non-Tariff Barriers", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 10, 1989, pp. 207-224.
- _____, *World Trade and the Law of GATT*, Charlottesville, Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1969.
- Mcrae, D., "GATT Article XX and the WTO Appellate Body", en: Brockers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law*, Great Britain: Kluwer Law International, 2000, pp. 219-236.
- Regan, D., "Regulatory Purpose and "Like Products" in Article III:4 of the GATT (With Additional Remarks on Article III:2)", *Journal of World Trade*, Vol. 36, No. 3, June 2002, pp. 443-478.
- Roessler, F., "The Provisional Application of the GATT: note on the Report of the GATT Panel on *Manu-facturing Clause* in the U.S. copyright legislation", *Journal of World Trade Law*, Vol. 19, 1985, pp. 285-295.

C) PROPIEDAD INTELECTUAL / COMERCIO Y EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO

- AA. VV., *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1997.
- Abbott, F. M., "The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO", *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, No. 2, 2002, pp. 469-505.
- Bergel, S. D., "Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs del GATT", en: AA. VV., *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1997, pp. 51-71.
- Boval, B., "L'Accord des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS)", en: *La réorganisation mondiale des échanges (Problèmes juridiques)*, Colloque de Nice de la Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 1996, pp. 131-152.
- Casado, A. y Cerro, B., *GATT y propiedad industrial*, Madrid: Tecnos, 1994.
- Correa, C., *Repercusiones de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, Departamento de Medicamentos Esenciales y Política Farmacéutica, Economía de la Salud y Medicamentos, Serie EDM No. 12, 2002, WHO/EDM/PAR/2002.3.
- _____, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries*, Penang, Malaysia: Zed Books Ltd., 2000.
- Correa, C. M. y Yusuf, A. A. (eds.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, London: Kluwer Law International, 1998.
- Doane, M. L., "TRIPS and International Intellectual Property Protection in an Age of Advancing Technology", *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, Winter 1994, pp. 465-497.
- Evans, G. E., "The Principle of National Treatment and the International Protection of Industrial Property", *European Intellectual Property Review*, Vol. 18, No. 1, January 1996, pp. 149-160.
- Gervais, D., *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd Edition, London: Sweet & Maxwell, 2003.
- Katzenberger, P., "General Principles of the Berne and the Universal Copyright Conventions: I. National Treatment. Minimum Protection and Reciprocity in International Copyright Law", en: Beier, F. y Schricker, G. (eds.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Vol. 11, Munich: Max Planck Institute, 1988, pp. 45-52.
- Lamy, P., "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights- Ten Years Later", *Journal of World Trade*, Vol. 38, No. 6, 2004, pp. 923-934.
- Otten, A. y Wager, H., "Nature and Scope of the Agreement. Compliance with TRIPS: The Emerging World View", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 29, May 1996, pp. 391-413.
- Sabido, M., *La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales*, Cáceres: Universidad de Extremadura, 2000.
- Ullrich, H., "TRIPS: Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition Policy", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 4, March 1995, pp. 153-210.
- UNCTAD, *The TRIPS Agreement and Developing Countries*, New York: United Nations, 1996.

- Wilder, R., "Global Harmonization of Intellectual Property", en: Fletcher, I., Mistelis, L. y Cremona, M. (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet & Maxwell, 2001, pp. 513-533.
- D) COMERCIO DE SERVICIOS Y EL ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS
- Abu-Akeel, A. K., "The MFN as it Applies to Service Trade - New problems for and Old Concept", *Journal of World Trade*, Vol. 33, No. 4, August 1999, pp. 103-130.
- Ahlind, A., "Comparing GATT and GATS: Regime Creation Under and After Hegemony", *Review of International Political Economy*, Vol. 3, No. 1, 1996, pp. 65-94.
- Altinger, L. y Enders, A., "The Scope and Depth of GATS Commitments", *The World Economy*, Vol. 19, No. 3, 1996, pp. 307-332.
- Berr, C. J., "L'Accord Général sur le Commerce des Services", *Annuaire français de droit international*, XL, 1994, pp. 748-757.
- Bhagwati, J., "International Trade in Services and Its Relevance for Economic Development", en: Bhagwati, J., *Political Economy and International Economics*, Cambridge: The MIT Press, 1991, Ch. 14, pp. 235-269.
- Das, D. K., "Trade in Financial Services and the Role of the GATS: Against the Backdrop of the Asian Financial Crisis", *Journal of World Trade*, Vol. 32, No. 6, 1998, pp. 79-114.
- Feketuky, G., "Trade in Services-Bringing Services into the Multilateral Trading System" en: Bhagwati, J. y Hirsch, M. (eds.), *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Berlin: Springer-Verlag, 1998, pp. 79-98.
- Footer, M. E., "The international Regulation of Trade in Services following the completion of the Uruguay Round", *The International Lawyer*, Vol. 29, No. 2, 1995, pp. 453- 481.
- "Global and Regional Approaches to Regulation of Trade in Services", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, Part. 3, July 1994, pp. 661- 678.
- Fritz, T. y Fuchs, P., "GATS: Los servicios públicos bajo la presión de la liberalización. Las negociaciones del ACGS (GATS) en la Organización Mundial del Comercio (OMC)—Un desafío para la sociedad civil internacional", *Global Issue Papers*, No. 1, 2003.
- García López, R., *La liberalización del comercio de servicios en la OMC*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Gibbs, M., "Energy Services, Energy Policies and the Doha Agenda", en: UNCTAD, *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Development Priorities*, 2003. UNCTAD/DITC/TNCD/2003/3.
- Hindley, B., "International Transactions in Services and Developing Countries", en: Koekkoek, A. y Mennes, L. B. M. (eds.), *International Trade and Global Development: Essays in honour of Jagdish Bhagwati*, London: Routledge, 1991, pp. 119-142.
- Hindley, B. y Smith, A., "Comparative Advantage and Trade in Services", *The World Economy*, Vol. 7, 1984, pp. 368-389.
- Hoekman, B., "Market Access Through Multilateral Agreement: From Goods to Services", *The World Economy*, Vol. 15, No. 6, 1992, pp. 707-727.
- López Escudero, M., *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Madrid: Tecnos, 1996.

- Mattoo, A., "National Treatment in the GATS. Corner-Stone or Pandora's Box?", *Journal of World Trade*, Vol 31, No. 1, 1997, pp. 107-135.
- Messerlin, P., "Les services", *Économie européenne*, 1993, No. 52, pp. 143-175.
- Sapir, A., "The General Agreement on Trade in Services –From 1994 to 2000", *Journal of World Trade*, Vol. 33, No.1, 1999, pp. 51-66.
- Sauvé, P., "Assessing the General Agreement on Trade in Services: Half-Full or Half-Empty?", *Journal of World Trade*, Vol. 29, No. 4, 1995, pp. 125-146.
- Wang, Y., "Most-Favored-Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services- And Its Application in Financial Services", *Journal of World Trade*, Vol. 30, No. 1, 1996, pp. 91-124.
- Weiss, F., "The General Agreement on Trade in Services 1994", *Common Market Law Review*, Vol. 32, No. 5, October 1995, pp. 1177-1225.
- World Trade Organization, *GATS Fact and Fiction*, Geneva: World Trade Organization, 2001.
- E) EL ACUERDO SOBRE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS Y EL ACUERDO SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO
- Marceau, G. y Trachtman, J. P., "The Technical Barriers to Trade Agreement; the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods", *Journal of World Trade*, Vol. 36, No. 5, 2002, pp. 811-881.
- Thorn, C. y Carlson, M., "The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade", *Law & Policy in International Business*, Vol. 31, No. 3, Spring 2000, pp.841-854.
- Victor, D., "The Sanitary and Phytosanitary Agreement of the World Trade Organization: An Assessment After Five Years", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 32, Summer 2000, pp. 865-934.
- Wagner, J., "The WTO's Interpretation of the SPS Agreement Has Undermined the Right of the Governments to Establish Appropriate Levels of Protection Against Risks", *Law & Policy in International Business*, Vol. 31, No. 3, Spring 2000, pp. 855-859.
- F) SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS
- Bartels, L., "Applicable Law in the WTO Dispute Settlement Proceedings", *Journal of World Trade*, Vol. 35, N. 3, June 2001, pp. 499-520.
- Bhala, R., "The Power of the Past: Towards De Jure *Stare Decisis* in the WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)", *George Washington International Law Review*, Vol. 33, 2001, pp. 873-978.
- "The Myth About *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy)", *American University International Law Review*, Vol. 14, 1999, pp. 845-956.
- Bilder, R. B., "Book Review: Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law. By Joost Pauwelyn", *American Journal of International Law*, Vol. 98, October 2004, pp. 855-861.
- Cameron, J. y Gray, K. R., "Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, April 2001, Part. 2, pp. 248-298.

- Croley, S. P. y Jackson, J., "WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments", *American Journal of International Law*, Vol. 90, April 1996, pp. 193-213.
- Hippler Bello, J., "The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More", *American Journal of International Law*, Vol. 90, July 1996, pp. 416-418.
- Hsu, L., "Non-violation Complaints—World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements", *Journal of World Trade*, Vol. 35, N. 2, 2005, pp. 205-237.
- Jackson, J., "The WTO Dispute Settlement Understanding--Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations", *American Journal of International Law*, Vol. 91, January 1997, pp. 60-64.
- Marceau, G., "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 13, September 2002, pp. 753-814.
- "A Call for Coherence in International Law: Praises for Prohibition Against "Clinical Isolation" in the WTO Dispute Settlement", *Journal of World Trade*, Vol. 33, No.5, October 1999, pp. 87-152.
- Palmer, D. y Mavroidis, P., "The WTO Legal System: Sources of Law", *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 3, 1998, pp. 398-413.
- Pauwelyn, J., "Going Global, Regional, or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and other Jurisdictions", *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 13, summer 2004, pp. 231-304.
- *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2003.
- "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 3, July 2001, pp. 535-578.
- Petersmann, E-U., "Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law", *German Year Book of International Law*, Vol. 34, 1991, pp. 175-229.
- Sarhan, K., "The ABCS of WTO Dispute Settlement", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 60, November 2005-January 2006, pp. 70-75.
- Schoenbaum, T., "WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, part 3, July 1998, pp. 647-658.
- Steger, D. P., "The Jurisdiction of the World Trade Organization", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 98, March 31-April 3, 2004, pp. 142-146.
- Trachtman, J., "The Domain of the WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, Vol. 40, No. 2, Spring 1999, pp. 333-377.

IV. LA RELACIÓN ENTRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL COMERCIO INTERNACIONAL

A) COMERCIO, MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE: ASPECTOS GENERALES

- Anderson, K. y Blackhurst, R. (eds.), *El comercio mundial y el medio ambiente*, Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1992.
- Balton, D., Charnovitz, S., Sands, P. y Srinivasan, T., "New York Law School Center for International Law: Symposium on World Trade and the Environment", *New York Law School Journal of International Law and Comparative Law*, Vol. 19, No. 1, 1999, pp.163-194.

- Brand, R., "Sustaining the Development of International Trade and Environmental Law", *Vermont Law Review*, Vol. 21, Spring 1997, pp. 823-856.
- Brown Weiss, E., "Environment and Trade as Partners in Sustainable Development: A Commentary", *American Journal of International Law*, Vol. 86, No. 4, 1992, p. 728-735.
- Caparros, A., *Algunos Aspectos de la Relación entre el Comercio y el Medio Ambiente*, (DT 9703) Madrid: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales Universidad Complutense de Madrid, 1997.
- Clark, D., "The Greening Protectionism: Industry and Environmental Coalitions to Oppose Trade Pacts", *World Competition- Law and Economics Review*, Vol. 19, September 1995, No.1, pp. 105-110.
- Grote, U. y Kirchhoff, S., *Environmental and food safety standards in the context of trade liberalization: issues and options*, Bonn: Center for Development Research, 2001.
- Hudec, R., "Differences in National Environmental Standards: the Level-Playing-Field dimension", *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 5, Winter 1996, pp. 1-28.
- Juste Ruiz, J., "Protección del medio ambiente y comercio internacional", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Vol. VII, 2003, pp. 340-450.
- Lahey, S., "Trade and Environment", *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Vol. 16, 1996, pp. 181-200.
- Moreno, I. S., Rubin, J. W., Smith III, R. F. y Yang, T., "Free Trade and the Environment: the NAFTA, the NAAEC, and Implications for the Future", *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 12, Spring 1999, pp. 405-478.
- Pearson, C. S., "El nexo entre el comercio internacional y el medio ambiente. ¿Qué hay de nuevo desde 1972?", en: Zaelke, D., Orbuch, P. y Housman, R. (eds), *Comercio internacional y medio ambiente: derecho, economía y política*, Buenos Aires: Editorial Espacio, 1995, pp. 45-58.
- PNUMA/IISD, *Manual de Comercio y Medio Ambiente*; Winnipeg, Canadá: Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible, 2005.
- Ruggiero, R., "The Coming Challenge: Global Sustainable Development for the 21st Century", *WTO News: Press/97*, 17 March 1998.
- Rugie, J., "Trade, Sustainability and Global Governance", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 27, No. 2, 2002, pp. 297-308.
- Rugman, A. M., Kirton, J. J. y Soloway, J. A. (eds.), *Trade and the Environment: Economic, Legal and Policy Perspectives*, United Kingdom: The International Library of Critical Writings in Economics, 1998.
- WTO Secretariat, *Trade, Development and the Environment*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- Zaelke, D., Orbuch, P. y Housman, R. (eds), *Comercio internacional y medio ambiente: derecho, economía y política*, Buenos Aires: Editorial Espacio, 1995.
- B) DEBATE OMC / GATT- MEDIO AMBIENTE
- Brown Weiss, E. y Jackson, J., *Reconciling Environment and Trade*, New York: Transnational Publishers, 2001.
- Cameron, J., Demaret, P. y Gerardin, D. (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994.

- Cardona Llorens, J., “Límites al libre comercio: el medio ambiente”, en: Esteve García, F. (coord.), *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*, Girona: Universitat de Girona, 2001, pp. 81-110.
- Charnovitz, S., “The Environment Vs. Trade Rules: Defogging the Debate”, *Environmental Law*, Vol. 23, 1993, p. 475-517.
- “Critical Guide to the WTO-s Report on Trade and Environment”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, Spring 1997, pp. 341-379.
- Esty, D., *Greening the GATT: Trade, Environment, and the Future*, Washington D.C.: International Institute for Economics, 1994. La traducción al castellano se publicó bajo el título *El Reto Ambiental de la Organización Mundial de Comercio: Sugerencias para una Reconciliación*, Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2001.
- Ford, C., *Freer Trade, Protected Environment [Balancing Trade Liberalisation and Environmental Interests]*, New York: Council on Foreign Relations Press, 1994.
- Haverkamp, J., “WTO Committee on Trade and Environment”, *American Law Institute – American Bar Association Continuing Legal Education Course of Study*, May 15, 1997, pp. 411-416.
- Housman, R., “The North American Free Trade Agreement’s Lessons For Reconciling Trade and the Environment”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 30, Summer 1994, pp. 379-422.
- Howse, R. y Trebilcock, M., “The Fair Free-Trade Debate: Trade, Labour, and the Environment”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 16, 1996, pp. 61-79.
- Jackson, J., “Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy”, en: Cameron, J., Demaret, P. y Gerardin, D. (eds.), *Trade and Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1995, pp. 39-52.
- “World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?”, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 49, Fall 1992, pp. 1227-1278.
- Kingsbury, B., “Environment and Trade: The GATT/WTO Regime in the International Legal System”, en: Boyle, A. E., *Environmental Regulation and Economic Growth*, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 189-232.
- Lallas, P., Esty, D. y Van Hoofstraten, D., “Environmental Protection and International Trade: Toward Mutually Supportive Rules and Policies”, *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 16, No. 2, 1992, pp. 271-342.
- Lana, M., “World Trade Organization and Environmental Protection: Reconciling the Conflict”, *International Trade Law Journal*, Vol. 9, Winter 2000, pp. 69-78.
- McDonald, J., “Greening the GATT: Harmonizing Free Trade and Environmental Protection in the New World Order”, *Environmental Law*, Vol. 23, 1993, pp. 397-474.
- Patterson, E., “Rules Changes to Minimise Adverse Trade and Environmental Effects”, *Journal of World Trade*, Vol. 26, No. 3, 1992, pp. 99-110.
- Pauwelyn, J., “Recent Books on Trade and Environment: GATT Phantoms Still Haunt the WTO”, *European Journal of International Law*, Vol. 15, June 2004, pp. 575-592.
- Petersman, E. U., *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Rojas, V., *La Protección del Medio Ambiente en el TLCAN y la OMC*, México: Oxford University Press, 2000.

- Sánchez de Munián, L., *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del Medio Ambiente [Aspectos Jurídicos]*, Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2000.
- Scott, J., "International Trade and Environmental Governance: Relating Rules (and Standards) In the EU and The WTO", *European Journal of International Law*, Vol. 15, April 2004, pp. 307-354.
- Shaw, S. y Schwartz, R., "Trade and the Environment in the WTO: State of Play", *Journal of World Trade*, Vol. 36, No.1, 2002, pp. 129-154.
- Southworth, H., "GATT and the Environment -General Agreement on Tariffs and Trade, Trade and the Environment. GATT Doc. 1529 (February 13, 1992)", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 32, No. 4, Summer 1992, pp. 997-1013.
- Yoon, J. I., "The World Trade Organization: Environmental Police?", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9, Spring 2001, pp. 201-229.
- C) MEDIDAS COMERCIALES AMBIENTALES Y EL RÉGIMEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL
1. *Apectos generales*
- Anderson, B., "Unilateral Trade Measures and the Environmental Protection Policy", *Temple Law Review*, Vol. 66, No. 3, Fall 1993, pp. 751-784.
- Bartenstein, K. y Lavallée, S., "L'écocole est-il un outil du protectionnisme <vert>?", *Cahiers du Droit*, Vol. 44, 2003, pp 361-393.
- Biermann, F., "The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North and South Conflict", *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 3, June 2001, pp. 421-448.
- Chang, H., "An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 83, No. 6, July 1995, pp. 2131-2209.
- Charnovitz, S., "A Taxonomy of Environmental Trade Measures", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 6, Winter 1996, pp. 1-46.
- Foster, M., "Trade and Environment: Making Room for Environmental Trade Measures within the GATT", *Southern California Law Review*, Vol. 71, January 1998, p. 393-443.
- Fox, S. T., "Responding to Climate Change: The Case for Unilateral Trade Measures to Protect the Global Atmosphere", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 84, No. 7, July 1996, pp. 2499-2542.
- Lang, W., "Les mesures commerciales au service de la protection de l'environnement", *Revue générale de Droit international public*, Vol. 99, No. 3, 1995, pp. 545-566.
- Martínez, E. J., *El desarrollo sostenible como justificación de las acciones unilaterales para la conservación de los recursos marinos*, Madrid: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2004.
- Nicholson, J. B., "European Economic Community -Environmental Policy-Economic and Fiscal Instruments- Report of the Working Group of Experts from the Member States Proposes the Use of Economic and Fiscal Instruments to Attain Community-Wide Environmental Goals", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21, 1991, pp. 285-306.
- Nadai, A. y Morel, B., "Product Ecolabelling, Competition and the Environment", *Economics Energy Environment (Working Paper)*, Milano : Fondazione Eni Enrico Mattei, 2000, pp. 1-38.

- Patterson, C. D., "Environmental Taxes and Subsidies: What is the Appropriate Fiscal Policy for Dealing with Modern Environmental Problems?", *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, Vol. 24, Winter 2000, pp. 121-159.
- Shaffer, G., "The World Trade Organization Under Challenge: Democracy and The Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environmental Matters", *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 25, No. 1, 2001, pp. 1-93.
- Subramanian, A., "Trade Measures for the Environment: A Nearly Empty Box?", *The World Economy*, Vol. 15, No. 1, January 1992, pp.135-152.
- Ziegler, A., "WTO Rules Supporting Environmental Protection", en: Weiss, F., Denters, D. y De Waart, P. (eds.), *International Economic Law With Human Face*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, pp 204-222.
2. *Compatibilidad de las medidas comerciales con las normas de la OMC*
- Bartenhagen, E. P., "The Intersection of Trade and Environment: An Examination of the Impact of the TBT Agreement on Ecolabeling Programs", *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 17, Fall 1997, pp. 51-81.
- Charnovitz, S., "The Law of Environmental "PPMS" in the WTO: Debunking the Myth of Illegality", *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, Winter 2002, pp. 59-110.
- ____ "Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and their Application to Environmental Trade Measures", *Tulane Environmental Law Journal*, Summer 1994, Vol. 7, pp. 303-352.
- ____ "Environmental Trade Sanctions and the GATT: An Analysis of the Pelly Amendment on Foreign Environmental Practices", *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, Spring 1994, pp. 751-807.
- Compton, M. M., "Applying World Trade Organization Rules to the Labelling of Genetically Modified Foods", *Pace International Law Review*, Vol. 15, Fall 2003, pp. 359-409.
- Demaret, P., "TREMs, Multilateralism, Unilateralism and the GATT", en: Cameron, J., Demaret, P. y Gerardin, D. (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994, pp. 52-67.
- Elizalde, M. A., "La legalidad de las medidas comerciales unilaterales para proteger el Medio Ambiente en el Sistema Multilateral del Comercio", *Revista interdisciplinaria de gestión ambiental*, Vol. 6, No. 67, 2004, pp. 29-42.
- Gaines, S., "The WTO's Reading of the GATT Article XX Chapeu: A Disguised Restriction on Environmental Measures", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Winter 2001, pp. 739-823.
- Howse, R. y Mavroidis, P. C., "Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMOs--The Issue of Consistency With WTO Law: of Kine and Brine", *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, November-December 2000, pp. 317-370.
- Howse, R. y Regan, D., "The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, pp. 249-289.
- Hudec, R., "GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures Against Foreign Environmental Practices", en: Bhagwati, J. y Hudec, R. (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, Vol. II, Legal Analysis, Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 1996, pp. 95-174.

- Lind, S. N., "Eco-Labels and International Trade Law: Avoiding Trade Violations while Regulating the Environment", *International Legal Perspectives*, Vol. 8, Fall 1996, pp. 113-140.
- Peel, J., "Confusing Product with Process: A Critique of the Application of the Product-Based Test for Environmental Process Standards in the WTO", *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 10, 2002, pp. 217-244.
- Staffin, E. B., "Trade Barrier or Trade Boon? A Critical Evaluation of Environmental Labeling and its Role in the "Greening" of World Trade", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 21, 1996, pp. 205-286.
3. *Diferencias sobre medio ambiente en el GATT / OMC y temas relacionados*
- Atik, J., "Two Hopeful Readings of Shrimp-Turtle", *Yearbook of International Environmental Law*, 1998, Vol. 9, pp.6-12.
- Bernazani, J. A., "The Eagle, The Turtle, The Shrimp and the WTO: Implications for the Future of Environmental Trade Measures", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 15, Winter/Spring 2000, pp. 207-233.
- Chang, H., "Toward a Greener GATT: Environmental Trade Measures and the Shrimp-Turtle Case", *Southern California Law Review*, Vol. 74, November 2000, pp. 31-47.
- Cheyne, I., "Trade and the Environment: the Future of Extraterritorial Unilateral Measures after the Shrimp Appellate Body", *Web Journal of Current Legal Issues*, 2000, No 5.
- Goldman, P. y Wagner, M., *The case for rethinking the WTO: the full story behind the WTO's environment and health cases*, San Francisco: Earthjustice Legal Defense Fund, 1999.
- Hurlock, M., "The GATT, U.S. Law and the Environment: A Proposal to Amend the GATT in the Light of the Tuna/Dolphin Decision", *Columbia Law Review*, Vol. 92, No. 8, 1992, pp. 2098-2161.
- Jackson, J., "Comments on Shrimp/Turtle and the Product/Process Distinction", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, pp.303-307.
- Martínez, E. J., "La salud pública en el GATT de 1994 y en el Acuerdo OTC: comentario al informe del Órgano de apelación de la OMC Comunidades Europeas – Medidas que afectan el amianto y a los productos que contienen amianto", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Vol. 215, 2001, pp. 74-89.
- McDorman, T. L., "The GATT Consistency of U.S. Fish Import Embargoes to Stop Driftnet Fishing and Save Whales, Dolphins and Turtles", *The George Washington Journal of International Law and Economics*, Vol. 24, No. 3, 1991, pp. 477-525.
- Neuling, B., "The Shrimp-Turtle Case: Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 22, No. 1, 1999, pp. 1-50.
- O'Brien, P., "Unilateral Environmental Measures After the WTO Shrimp-Turtle Decision", en: Brown Weiss, E. y Jackson, J., *Reconciling Environment and Trade*, New York: Transnational Publishers (2001), pp. 470-471.
- Ostrovsky, A. A., "The European Commission's Regulations for Genetically Modified Organisms and the Current WTO Dispute- Human Health or Environmental Measures?: Why the Deliberate Release is More Appropriately Adjudicated in the WTO under the TBT Agreement", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 15, Spring 2004, pp. 209-244.

- Pauwelyn, J., "The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes: EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals", *Journal of International Economic Law*, Vol. 2, No.4, 1999, pp. 641-664.
- Schoenbaum, T., "The Decision in the Shrimp-Turtle Case", *Yearbook of International Environmental Law*, 1998, Vol. 9, pp.36-39.
- Simmons, B., "In Search of Balance: An Analysis of the WTO Shrimp/Turtle Appellate Body Report", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 24, 1999, pp. 413-454.
- Wofford, C., "A Greener Future at the WTO: The Refinement of WTO Jurisprudence on Environmental Exceptions to GATT" *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 24, 2000, No. 2, pp. 563-592.
- D) ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y LAS NORMAS DEL GATT / OMC
1. Aspectos generales
- Baker, B., "Protection, Not Protectionism: Multilateral Environmental Agreements and the GATT", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 26, October 1993, pp. 437-468.
- Bernasconi-Osterwalder, N., "The Cartagena Protocol on Biosafety: A Multilateral Approach to Regulate GMO's" en: Brown Weiss, E. y Jackson, J., *Reconciling Environment and Trade*, New York: Transnational Publishers, 2001, pp. 689-721.
- Brewer, T. L., "The WTO and the Kyoto Protocol: Interaction Issues", *Revised Version: 22 March 2004 – Forthcoming in Climate Policy*.
- "The Trade Regime and the Climate Regime: Institutional Evolution and Adaptation", *Climate Policy*, Vol. 3, 2003, pp. 329-341.
- Brunner, A. E., "Conflicts Between International Trade and Multilateral Environmental Agreements", *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 4, Fall 1997, pp. 74-102.
- Cameron, J. y Makuch, Z., "Implementation of the United Nations Framework Convention on Climate Change: International Trade Law Implications", en: Cameron, J., Demaret, P. y Gerardin, D. (eds.), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Vol. I, London: Cameron May Ltd., 1994, pp. 116-146.
- Charnovitz, S., "Trade and Climate: Potential Conflicts and Synergies" en: AA. VV., *Beyond Kyoto: Advancing the International Effort Against Climate Change*, Pew Center on Climate Change, 2003, pp. 141-170.
- Condon, B., "Multilateral Environmental Agreements and the WTO: Is the Sky Really Falling?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9, Spring 2002, pp. 533-567.
- Crawford, C., "Conflicts Between the Convention on International Trade in Endangered Species and the GATT in the Light of Actions to Halt the Rhinoceros and Tiger Trade", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 7, Spring 1995, pp. 555-585.
- Driesen, D. M., "Free Lunch or Cheap Fix?: The Emissions Trading Idea and the Climate Change Convention", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 26, Fall 1998, pp. 1-87.
- Fletcher, C. R., "Greening World Trade: Reconciling GATT and Multilateral Environmental Agreements Within the Existing World Trade Regime", *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 5, Spring 1996, pp. 341-372.
- Goh, G., "The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustments at the Border", *Journal of World Trade*, Vol. 38, No. 3, pp. 395-423.

- Green, A., "Climate Change, Regulatory Policy and The WTO: How Constraining Are Trade Rules?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 8, March 2005, pp. 143-189.
- Grubb, M., "International Emissions Trading under the Kyoto Protocol: Core Issues in Implementation", *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 7, No. 2, 1998, pp. 140-146.
- Hunt, K. J., "International Environmental Agreements in Conflict with GATT: Greening GATT after the Uruguay Round Agreement", *International Lawyer*, Vol. 30, Spring 1996, pp. 163-191.
- International Centre for Trade and Sustainable Development, "Los acuerdos ambientales multilaterales y el Sistema Multilateral del Comercio", *PUENTES entre el Comercio y el Desarrollo Sostenible*, Vol. 2, No. 2, Septiembre-Octubre 1999, pp. 1-12.
- Jha, V. y Hoffmann, U., "Achieving Objectives of Multilateral Environmental Agreements: A Package of Trade Measures and Positive", *United Nations Conference on Trade and Development*, 2001, UNCTAD/ITCD/TED/6.
- Jinnah, S., "Emissions Trading under the Kyoto Protocol: NAFTA and WTO concerns", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 15, Summer, 2003, pp. 709-761.
- Kennedy, K., "Reforming U.S. Trade Policy to Protect the Global Environment: A Multilateral Approach", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 18, No. 1, 1994, pp. 185-234.
- National Board on Trade, *Climate and Trade Rules—Harmony or Conflict*, Stockholm: Kommerskollegium, 2004.
- Osakwe, C., "Finding New Packages of Acceptable Combinations of Trade and Positive Measures to Improve the Effectiveness of MEAs: A General Framework", en: Fijalkowski, A. y Cameron, J., *Trade and Environment: Bridging the Gap*, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 1998, pp. 38-55.
- Petsonk, A., "The Kyoto Protocol and the WTO: Integrating Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading into the Global Marketplace", *Duke Environmental Law and Policy Forum*, Vol. 10, Fall 1999, pp. 185-220.
- Pruzin, D., "Ozone Depletion: Trade Measures under Montreal Pact Justified, Treaty Official Tells WTO Panel", *BNA's Environment Reporter*, July 2, 1999.
- Rivera-Torres, O., "The Biosafety Protocol and the WTO", *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 26, Spring 2003, pp. 263-323.
- Safrin, S., "Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements." *The American Journal International Law*, Vol. 96, No. 3, 2002, pp. 606-628.
- Stewart, T. P. y Johanson, D. S., "A Nexus of Trade and the Environment: The Relationship Between the Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement of the World Trade Organization", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 14, 2003, pp. 1-52.
- Tarasofsky, R., "The Relationship Between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity: Towards a Pragmatic Approach", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 6, No. 2, 1997, pp. 148-156.
- Twum-Barina, R. y Campbell, L. B., *Protecting the Ozone Layer through Trade Measures. Reconciling the Trade Provisions of the Montreal Protocol and the Rules of the GATT*, Geneva: United Nations Environmental Program, 1994.
- Wen-Chen, S., "Multilateralism and the Case of Taiwan in the Trade Environment Nexus—The Potential Conflict between CITES and the GATT/WTO", *Journal of World Trade*, Vol. 30, No. 3, June 1996, pp. 109-140.

- Winter, R. L., "Reconciling the GATT and WTO with Multilateral Environmental Agreements: Can we Have our Cake and Eat it Too?", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 11, Winter 2000, pp. 223-255.
- Wiser, G. M., "The Clean Development Mechanism Versus The World Trade Organization: Can Free-Market Greenhouse Gas Emissions Abatement Survive Free Trade?", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 11, Spring 1999, pp. 531-597.
- Wold, C., "Multilateral Environmental Agreements and the GATT: Conflict and Resolution?", *Environmental Law*, Vol. 26, Fall 1996, pp. 841-921.
2. *Aspectos comerciales de la propiedad intelectual relacionados al régimen de la protección de la diversidad biológica y la bioseguridad*
- Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, *GATT TRIPS Review – Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples' Issues*, Australia: ATSIC, 1999.
- Anuradha, R. V., "IPRs: Implication for Biodiversity and Local Indigenous People", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 10. No.1, 2001, pp. 27-36.
- Archarya, R., "Patenting Biotechnology: GATT and the Erosion of the World's Biodiversity", *Journal of World Trade*, Vol. 25, No. 6, 1991, pp. 71-87.
- Bender, E. K., "North and South: The WTO, TRIPS, and the Scourge of Biopiracy", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, Fall 2003, pp. 281-319.
- Charnovitz, S., "The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules", *Tulane Environmental Law Journal*, Vol 13, 2000, pp 271-300.
- Conforto, D., "Traditional and Modern-Day Biopiracy: Redefining the Biopiracy Debate", *Journal of Environmental Law and Litigation*, Vol. 19, 2004, pp. 357-396.
- Cottier, T. y Panizzon, M., "Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection", *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, 2004, pp. 371-399.
- Covelli, N. y Hohots, V., "The Health Regulation of Biotech Foods under the WTO Agreements", *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, December 2003, pp. 773-795.
- Daes, E. I., *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples*. ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28 , 28 July 1993.
- Dhar, B., *Sui Generis System for plant variety protection: Options under TRIPS*, Geneva: Commissioned by the Quaker United Nations Office, 2002.
- Downes, D., "How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge", *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, 2000, pp. 253-282.
- Downes, D. y Laird, S., *Innovative Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge. Case Studies on Geographical Indications and Trademarks*, UNCTAD Biotrade Initiative, 1999.
- Dutfield, G., *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: Seeds and Plant Varieties*, London: Earthscan, 2000.
- GeneWatch UK, "Privatising Knowledge, Patenting Genes: The Race to Control Genetic Information", *Briefing Number 11*, June 2000, pp. 1-8.

- Heald, P. J., "The Rhetoric of Biopiracy: Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, 2003, pp. 519-546.
- Jacoby, D. y Weiss, C., "Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution", *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 16, January 1997, pp. 74-124.
- Khor, M., *El saqueo del conocimiento: propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible*, España: Editorial Icaria – Intermón Oxfam, 2003.
- "Por qué las formas de vida no deberían ser patentadas", *Revista del Sur* N° 110, diciembre 2000.
- Leskien, D. y Flitner, M., "Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a *Sui Generis* System", *Issues in Genetic Resources*, No. 6, June 1997, pp. 1-75.
- Medaglia, J. C., *La reciente propuesta costarricense de sistema sui generis para la protección de los derechos del fitomejorador a la luz de la OMC y las negociaciones del CAFTA -Borrador para discusión-*. Diciembre del 2003, disponible en línea en http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/SuiGeneris_CabreraDec03.pdf
- Melgar, M., *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Oh, C., "Patentes y monopolios aumentan los precios: la crisis de la salud", *Revista del Sur*, No 119-120, septiembre de 2001.
- Ruiz, M., *Intellectual Property Rights and Biodiversity: Processes and Synergies*, ICTSD-IUCN Background paper for Workshop on TRIPs and CBD: Global Biodiversity Forum Cancun, Mexico, September 5-7, 2003.
- Safrin, S., "Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Blocks of Life", *American Journal of International Law*, Vol. 98, October 2004, pp. 641-685.
- Sarma, L., "Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the Form of International Agreement", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 13, 1999, pp. 107-136.
- Schoenbaum, T. J., "Internacional Trade in Living Modified Organisms", en: Francioni, F., *Environment, Human Rights & International Trade*, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 27-38.
- Shim, Y., "Intellectual Property Protection of Biotechnology and Sustainable Development in International Law", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 29, Winter 2003, pp. 157-247.
- Shiva, V., *Biopirateria: el saqueo de la naturaleza y el conocimiento*, Barcelona: Editorial Icaria, S.A., 2001.
- Vivas, D., *Issues Linked to the Convention on Biological Diversity in the WTO Negotiations: Implementing Doha Mandates*, Center for International Environmental Law, 6TH of July 2002.
3. *Aspectos comerciales relacionados al régimen del cambio climático*
- Bohm, P., *International Greenhouse Gas Emission Trading –With Special Reference to the Kyoto Protocol*, Copenhagen: Tema Nord, 1999.
- Brack, D., Grubb, M. y Windram, C., *International Trade and Climate Change Policies*, London: The Royal Institute of International Affairs & Earthscan Publications Ltd., 2000.
- Dower, R. C. y Zimmerman, M. B., *The Right Climate for Carbon Taxes: Creating Economic Incentives to Protect the Atmosphere*, Washington DC: World Resources Institute, 1992.

Hoerner, J. A. y Muller, F., *Carbon Taxes for Climate Protection in a Competitive World*, Environmental Tax Program of the Center for Global Change University of Maryland College Park, June 1996.

Parker, R. W., *Designs for Domestic Carbon Emissions Trading: Comments on the WTO Aspects*, Discussion Draft, June 22, 1998.

UNCTAD, *A Pilot Greenhouse Gas Trading System: The Legal Issues*, Geneva: United Nations, 1996.

Werksman, J., "Greenhouse Gas Emissions Trading and the WTO", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 8, No. 3, 1999, pp. 251-264.

Zhang, Z. X., "Greenhouse Gas Emissions Trading and the World Trading System", *Journal of World Trade*, Vol. 32, No.5, 1998, pp. 219-239.

E) SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS SOBRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

Kennedy, K. C., "Why Multilateralism Matters in Resolving Trade-Environment Disputes", *Widener Law Symposium Journal*, Vol. 7, Spring 2001, pp. 31-70.

— "Resolving International Sanitary and Phytosanitary Disputes in the WTO: Lessons and Future Directions", *Food Drug Law Journal*, Vol. 55, 2000, pp. 81-104.

Knox, J. H., "The Judicial Resolution of Conflicts Between Trade and the Environment", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 28, 2004, pp. 1-78.

Marceau, G., "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction, The relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties", *Journal of World Trade*, Vol. 35, N. 6, 2001, pp. 1081-1131.

Petersmann, E. U., "International Trade Law and International Environmental Law. Prevention and Settlement of International Environmental Disputes in GATT", *Journal of World Trade*, Vol. 27, No. 1, 1993, pp. 43-81.

Winickoff, D., Jasanoff, S., Busch, L., Grove-White, R. y Wynne, B., "Adjudicating The GM Food Wars: Science, Risk, And Democracy In World Trade Law", *Yale Journal of International Law*, Vol. 30, Winter 2005, pp. 81-123.

V. OTROS TEMAS

Austin, D. A., "International Enforcement in the Clinton Administration", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 88, April 1994, pp. 89-104.

Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2006: Equidad y desarrollo*, New York: Oxford University Press, 2005.

Banco Mundial, *Examen anual de la eficiencia en términos de desarrollo: Los aportes del Banco Mundial al alivio de la pobreza*, New York: Oxford University Press, 2005.

Blanc, A., *El Patrimonio Común de la Humanidad: Hacia una Régimen Jurídico Internacional para su Gestión*, Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1992.

Bloche, M.G., "WTO Deference to National Health Policy: Toward and Interpretative Principle", *Journal of International Economic Law*, Vol 5, No. 4, 2002, pp. 825-848.

Charnovitz, S., "The North American Free Trade Agreement: Green Law or Green Spin", *Law and Policy in International Business*, Vol. 26, Fall 1994, pp. 1-77.

- Cleveland, S., "Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1, Winter 2001, pp. 1-102.
- Contini, P. y Sands, P. H., "Methods to Expedite Environment Protection: International Ecostandards", *American Journal of International Law*, vol. 66, No. 1, 1972, pp. 37-59.
- Forner, J., *La cláusula de la nación más favorecida*, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1988.
- Kalderimis, D., "Problems of WTO Harmonization and the Virtues of Shields over Swords", *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 13, Summer 2004, pp. 305-351.
- Krueger, "Prior Informed Consent and the Basel Convention: The Hazards of What Isn't Known", *Journal of Environment & Development*, Vol. 7, 1998, pp. 115-137.
- Kuei-Jung, N., "Contemporary Prospects for the Application of Principle 12 of the Rio Declaration", *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 14, Fall 2001, pp. 1-32.
- Paarlberg, R. L., "Managing Pesticide Use in Developing Countries", en: Haas, P. M. y Keohane, R. O. (eds.), *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection*, Cambridge: MIT Press, 1994, Chapter 7.
- Pescatore, M. P., *La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales*, Institut de Droit International, Geneva: La Tribune de Genève, octobre 1968.
- Petersmann, E. U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Oxford & San Francisco: Westview Press Boulder, 1991.
- Pierros, P. X. y Nüesch, S., "Trade in Electricity: *Spot On*", *Journal of World Trade*, Vol. 34, No. 4, 2000, pp. 95-124.
- Schuette, S., "U.S. Economic Sanctions Regarding the Proliferation of Nuclear Weapons: A Call for Reform of the Arms Export Control Act Sanctions", *Cornell International Law Journal*, Vol. 35, No. 1, Nov. 2001-Feb. 2002, p. 232-262.
- Sjöstedt, G., Spector, B. I. y Zartman, I. W., "The Dynamics of Regime-building Negotiations", en: Sjöstedt, G., Spector, B. I. y Zartman, I. W. (eds.), *Negotiating International Regimes: Lessons Learned from the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, Great Britain: Graham & Trotman, 1994, pp. 3-19.
- Sola, J., *El manejo de las relaciones exteriores: La constitución y la política exterior*, Argentina: Editorial Belgramo, 1997.
- Suárez, A., *Diccionario de Economía y Administración*, Madrid: McGraw-Hill, 1992.
- Tancredo, A., "EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'?", *European Journal of International Law*, Vol. 15, N.5, 2004, pp. 933-961.
- Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid: Tecnos, S. A., 2005.
- Ragosta, J., Coneja, N. y Zeldovich, M., "Symposium: The United States, the Doha Round and the WTO-Where Do We Go from Here?", *The International Lawyer*, Vol. 37, Fall 2003, pp. 697-752.

**JURISPRUDENCIA Y DECISIONES DE LOS GRUPOS ESPECIALES
DEL GATT DE 1947 Y DEL ORGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS
DE LA OMC**

I. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL.....	490
II. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.....	490
A) <i>Sentencias</i>	490
B) <i>Opiniones consultivas</i>	490
III. INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES DEL GATT DE 1947.....	490
IV. DECISIONES DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC.....	491
A) <i>Informes de los Grupos Especiales</i>	491
B) <i>Informes del Órgano de Apelación</i>	492

I. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

S.S. Wimbledon. (PCIJ, 1923, series A-nº 1).

The “Lotus” case. (PCIJ, 1927, series A- nº 10).

II. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

A) SENTENCIAS

Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran). (ICJ, Reports 1952).

Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand). (ICJ, Reports 1961).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (ICJ, Reports 1970).

Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey). (ICJ, Reports 1978).

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran). (ICJ, Reports 1980).

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)
(ICJ, Reports 1986).

Projet Gabčíkovo-Nagymaros. (ICJ, Reports 1997).

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America). (ICJ, Reports 2003).

B) OPINIONES CONSULTIVAS

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. (ICJ, Reports 1949).

Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations. (ICJ, Reports 1950).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. (ICJ., Reports 1996).

III. INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES DEL GATT DE 1947

Informe del caso *Alemania – régimen de importación aplicado a las sardinas*. GATT. Doc. IBDD, 1S/53, 1952.

Informe del caso *Subsidios familiares de Bélgica*, G/32, adoptado el 7 de noviembre de 1952, BISD 1S/59.

Informe del caso *Italia – subvenciones discriminatorias para la compra de maquinaria agrícola*. GATT Doc. BISD 7S/60, adoptado el 23 de octubre de 1958.

Informe del caso *CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas*. GATT Doc. L/4687 BISD 25S/75, adoptado el 18 de octubre de 1978.

Informe del caso *España – régimen arancelario del café sin tostar*. L/5135, adoptado el 11 de junio de 1981, 28S/, 118, 119.

Informe del caso *Estados Unidos – Prohibición a las importaciones de atún y productos de atún procedentes de Canadá*, L/5198, adoptado el 22 de febrero de 1982, 29S/97, 116.

- Informe del caso *Estados Unidos - Importaciones de ciertos sistemas de resortes para automóviles*. L/5333, adoptado el 26 de mayo de 1983, 30S/114, 134 y 135.
- Informe del caso *Canadá – Aplicación de la ley sobre el examen de la de inversión extranjera*. GATT Doc. L/5504, 7 de febrero de 1984, 30S/151, 178.
- Informe del caso *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas substancias importadas*. GATT Doc. L/6175 – 34S/157, adoptado el 17 de junio de 1987.
- Informe del caso *Japón – Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*. GATT Doc. (L/6216 - 34S/94) adoptado el 10 de noviembre de 1987.
- Informe del caso *Canadá – Medidas aplicadas a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar*. GATT Doc. BISD 35S/109, adoptado el 22 de marzo de 1988.
- Informe del caso *Japón - Comercio de semiconductores*. GATT Doc. L/6309 BISD 35S/130, adoptado el 4 de mayo de 1988.
- Informe del caso *Estados Unidos – Artículo 337 de la ley arancelaria de 1930*. GATT. Doc. BISD 36S/345, adoptado el 7 de noviembre de 1989.
- Informe del caso *Canadá – restricciones a la importación de helados y yogur*. GATT Doc. 36S/73, adoptado el 5 de diciembre de 1989.
- Informe del caso *Tailandia- Restricciones a la importación de cigarrillos e impuesto internos sobre cigarrillos*. GATT Doc. DS10/R–37S/222, 5 de octubre de 1990.
- Informe del caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1991. GATT Doc. DS21/R-39S/155, 3 de septiembre de 1991. (Informe no adoptado)
- Informe del caso *Canadá – Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización*. GATT. Doc. BISD 39S/27, adoptado el 18 de febrero de 1992.
- Informe del caso *Estados Unidos – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*. GATT Doc. DS23R/ 39S/242, adoptado el 19 de junio de 1992.
- Informe del caso *Estados Unidos – Impuestos a la importación de atún* de 1994. GATT Doc. DS29/R, de 29 de junio de 1994. (Informe no adoptado).

IV. DECISIONES DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

A) INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES

- Informe del caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC Doc. WT/DS2/R, del 29 de enero de 1996.
- Informe del caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos*. OMC Doc. WT/DS26/6, de 25 de abril de 1996.
- Informe del caso *Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*. OMC Doc. WT/DS31/R, de fecha 14 de marzo de 1997.
- Informe del caso *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Reclamación del Ecuador -*. OMC Doc. WT/DS27/R/ECU, de fecha 22 de mayo de 1997.
- Informe del caso *Japón – Comercio de semiconductores*. GATT Doc. L/6309 BISD 35S/116, adoptado el 4 de mayo de 1998.

Informe del caso *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*. OMC Docs. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, del 2 de julio de 1998.

Informe del caso *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*. OMC Doc. WT/DS18/R Corr. 1, del 13 de julio de 1998.

Informe del caso *India - Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales*. OMC. Doc. WT/DS90/R, del 22 de septiembre de 1999.

Informe del caso *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*. OMC. Doc. WT/DS139/R, WT/DS142/R, del 11 de febrero de 2000.

Informe del caso *Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*. OMC Doc. WT/DS114/R, de 17 de marzo del 2000.

Informe del caso *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública*. OMC. Doc. WT/DS163/R de fecha 1 de mayo de 2000.

Informe del caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos*, OMC Doc. WT/DS135/R de fecha 18 de septiembre de 2000.

Informe del Grupo Especial en sobre el recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD del caso *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*, OMC. Doc. WT/DS58/ RW, de fecha 15 de junio de 2001.

Informe del caso *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*. OMC Doc. WT/DS231/R, 29 de mayo de 2002.

Informe del caso *Estados Unidos - Determinaciones preliminares con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*. OMC. Doc. WT/DS236/R, 27 de septiembre de 2002.

Informe del caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. OMC Docs. WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293 (en curso).

B) INFORMES DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Informe del caso *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. OMC. Doc. WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.

Informe del caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*. OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 4 de octubre de 1996.

Informe del caso *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*. OMC Doc. WT/DS33/AB/R, 25 de abril de 1997.

Informe del caso *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, OMC Doc. WT/DS27/AB/R, de 9 de septiembre de 1997.

Informe del caso *India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*. OMC. Doc. WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997.

Informe del caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos*. OMC. Doc. WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998.

Informe del caso *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*. OMC. Docs. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, de 5 de junio de 1998.

- Informe del caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*. OMC Doc. WT/DS69/AB/R, 13 de julio de 1998.
- Informe del caso *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*. OMC Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998.
- Informe del caso *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*. OMC Doc. WT/DS18/AB/R, 20 de octubre de 1998.
- Informe del caso *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*. OMC Doc. WT/DS76/AB/R, del 22 de febrero de 1999.
- Informe del caso *Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*. OMC Doc. WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000.
- Informe del caso *Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. OMC Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001.
- Informe del caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. OMC Doc. WT/DS135/AB/R, de fecha 12 de marzo de 2001.
- Informe del recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD del caso *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*, OMC. Doc. WT/DS58/AB/RW, de fecha 22 de octubre de 2001.
- Informe del caso *Estados Unidos - Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea*. OMC. Doc. WT/DS202/AB/R del 16 de febrero de 2002.
- Informe del caso *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas*. OMC Doc. WT/DS231/AB/R, 26 de septiembre de 2002.
- Informe del caso *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*. OMC Doc. WT/DS245/AB/R, 26 de noviembre de 2003.

FUENTES DOCUMENTALES

I.	TRATADOS INTERNACIONALES MULTILATERALES.....	496
II.	DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.....	498
III.	TEXTOS <i>SOFT LAW</i> DE DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE.....	498
IV.	DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	498
	A) <i>Naciones Unidas</i>	498
	B) <i>Organización Mundial del Comercio</i>	499
	C) <i>Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos</i>	503
	D) <i>Documentos de otras Organizaciones internacionales</i>	503
V.	DOCUMENTOS DE LOS ORGANOS DE GESTIÓN DE LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.....	503
	A) <i>Régimen internacional de la protección de la capa de ozono</i>	503
	B) <i>Régimen internacional del cambio climático</i>	504
	C) <i>Régimen internacional de la protección de la diversidad biológica</i>	504
	D) <i>Documentos de regímenes diversos</i>	504

I. TRATADOS INTERNACIONALES MULTILATERALES

- Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, firmado el 20 de marzo de 1883. Acta de 1967 (*BOE*, 1 de febrero de 1974, No. 28).
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, firmando el 9 de septiembre de 1886. Acta de París 1971 (*BOE*, 30 de octubre de 1974).
- Carta de las Naciones Unidas (ONU), San Francisco, 26 de junio de 1945, (*BOE*, 16 de noviembre de 1990, No. 275).
- Convenio Internacional para la regulación de la pesca de la ballena, hecha en Washington el 2 de diciembre de 1946. Disponible en línea: <http://www.iwcoffice.org/>
- Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio de 1947. Reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 503-583.
- Convención internacional de protección fitosanitaria, hecha en Roma el 6 de diciembre de 1951, (*BOE*, 4 de junio de 1959); enmendada en noviembre de 1976 y noviembre de 1979 (*BOE*, 28 de noviembre de 1979 y 16 de octubre de 1991).
- Tratado del Antártico, hecho en Washington el 1º de diciembre de 1959, (*BOE*, del 26 de junio de 1987, No. 152).
- Convención internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 (*BOE*, 14 de noviembre de 1991, No. 273).
- Convención internacional para la protección de obtenciones vegetales, del 2 de diciembre de 1961, fue revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978 (Acta de 1978) y el 19 de marzo de 1991 (Acta de 1991). Puede consultarse en: www.upov.org.
- Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres (CITES por sus siglas en inglés), hecho en Washington el 3 de marzo de 1973, (*BOE*, 30 de julio de 1986, No. 181).
- Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, hecha en Ginebra el 13 de noviembre de 1979 (*BOE*, 10 de marzo de 1983, No. 59).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. ONU Doc/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980. (*BOE*, 13 de junio de 1980, No.142).
- Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos, hecha en Canberra el 20 de mayo de 1980, (*BOE*, del 25 de mayo de 1985, No. 125).
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Bahía Montenegro el 10 de diciembre de 1982, (*BOE*, 14 de febrero de 1997, No. 39).
- Convención de Viena sobre los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986. (ONU Doc. A/CONF. 129/15).
- Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, del 22 de marzo de 1985 (*BOE*, 16 de noviembre de 1988, No. 275).
- Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1987, (*BOE*, 17 de marzo de 1989, No. 65).
- Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989, (*BOE*, 22 de septiembre de 1994, No. 227).

- Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, (BOE, 01 de febrero de 1994, No. 27).
- Tratado de libre comercio de América del Norte, firmado por los Estados Unidos, México y Canadá, del 17 de diciembre de 1992. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (México) el 12 de diciembre de 1993.
- Convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, (BOE, 1º de febrero de 1994, No. 27).
- Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, (BOE, 24 de enero de 1995, No. 20).
- Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio de 1994. Reproducido en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 22-25.
- Acuerdo general sobre el comercio de servicios. Reproducido en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 341-380.
- Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio. Reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*, Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 381-419.
- Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias. Reproducido en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 72 -88
- Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio. Reproducido en: *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 143-169
- Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias. Reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 275-329.
- Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales [Los textos jurídicos]*. Ginebra: Publicado por la Secretaría del GATT, 1994, pp. 420-450.
- Protocolo de Kioto a la convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, del 11 de diciembre de 1997, (BOE, del 08 de febrero de 2005, No. 33).
- Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, hecho en Róterdam el 10 de septiembre de 1998, (BOE, 25 de marzo de 2004, No. 73).
- Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Montreal el 29 de enero de 2000, (BOE, 30 de julio de 2003, No. 181).
- Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, hecho en Estocolmo el 22 de mayo del 2001, (BOE, 23 de junio 2004, No. 151).
- Tratado internacional sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, hecho en Roma el 3 de noviembre de 2001, (BOE, de 5 de mayo de 2004, n° 109).

II. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. (*DOCE*, 30 de julio de 1998, No. L 213)

La normativa de la CE respecto de la aprobación de movimientos de OGM incluiría la Directiva 2001/18/CE del 12 de marzo de 2001, publicada en el Diario Oficial nº 106 del 17-04-2001, p. 0001-0039 (y su antecedente Directiva 90/220 de fecha 23-04-1990 -publicada en el Diario Oficial nº 117 del 08-05-1990-, modificada por la Directiva 94/15 -publicada en el Diario Oficial nº 103 del 22-04-1994- y por la Directiva 97/35 -publicada en el Diario Oficial nº 169 del 27-06-1997-) y el Reglamento (CE) nº 258/1997 -publicado en el Diario Oficial nº 043 del 14-02-1997.

Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo. (Diario Oficial de Unión Europea L.275/32, 25.10.2003).

III. TEXTOS *SOFT LAW* DE DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, hecha en Estocolmo el 16 de junio de 1972, (Doc. A/CONF 48/14 Rev 1).

Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de octubre de 1982, (ONU. Doc. A/37/51 (1982).

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, hecha en Río de Janeiro el 14 de Junio de 1992, (ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1).

Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, del 4 de Septiembre de 2002, (ONU Doc. A/CONF199/L6/Rev2).

IV. DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

A) NACIONES UNIDAS

1. *Asamblea General*

Resolución 1803/62 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 1962 reconociendo el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales.

Declaración sobre los principios de Derecho Internacional de la Naciones Unidas. ONU Doc. A/RES/2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970.

Resoluciones 2995 (XXVII), 2996 (XXVIII) y 2997 (XXVII) de 15 de Diciembre de 1972, por medio de las cuales se establece el Programa de la Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)

Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional. Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el sexto período extraordinario de sesiones .

Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional. Resolución 3202 (S-VI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el sexto período extraordinario de sesiones.

Medidas económicas como medio de ejercer coacción política y económica sobre países en desarrollo:
ONU Doc. A/RES/44/215 de 22 diciembre de 1989
ONU Doc. A/RES/46/210 de 20 Diciembre 1991
ONU Doc. A/RES/48/168 de 21 de Diciembre de 1993.

Plan para la ulterior ejecución del Programa 21. Decimonoveno período extraordinario de sesiones Tema 8 del programa resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. UN Doc. A/RES/S-19/2, 19 de septiembre de 1997.

2. *Comisión de Derecho Internacional*

Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, chp.IV.E.1.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56° período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), Asamblea General Documentos Oficiales 60° período de sesiones Suplemento N° 10 (A/59/10), Capítulo X *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional* (En lo sucesivo Informe de la CDI, *Fragmentación del Derecho internacional* AG Doc. N° 10 A/59/10).

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 57° período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005), Asamblea General Documentos Oficiales 60° período de sesiones Suplemento N° 10 (A/60/10), Capítulo XI *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*.

B) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

1. *Declaraciones ministeriales*

Decisión sobre comercio y medio ambiente aprobada por el Comité de Negociaciones Comerciales de la Ronda Uruguay y adoptada por los Ministros en la reunión celebrada en Marrakech el 14 de abril de 1994. OMC Doc. LT/UR/D-6/2.

Conferencia Ministerial celebrada en Singapur del 9 al 13 de diciembre de 1996. OMC Doc. WT/MIN(96)/16, de 13 de diciembre de 1996.

Conferencia Ministerial celebrada en Ginebra del 18 al 20 de mayo de 1998. OMC doc. WT/MIN(98)/- WT/MIN(98)/INF/- .

Conferencia Ministerial celebrada en Seattle del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 1998. OMC. Doc. WT/MIN(99)/- WT/MIN(99)/INF/-.

Conferencia Ministerial celebrada en Doha del 9 al 13 de noviembre de 2001. OMC. Doc. WT/MIN(01)/- WT/MIN(01)/INF/-.

Decisión sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación. OMC Doc. WT/MIN(01)/17, 20 de noviembre de 2001.

Declaración de los Estados Miembros de la OMC sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001.

Conferencia Ministerial celebrada en Cancún, México del 10 al 14 de septiembre de 2003. OMC. Doc. WT/MIN(03)/- WT/MIN(03)/INF/-.

Conferencia Ministerial celebrada en Hong Kong en diciembre de 2005. OMC Doc. WT/MIN(05)/DEC.

2. *Comité de comercio y medio ambiente (CCMA)*

El medio ambiente y los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. OMC Doc. WT/CTE/W/8, del 8 de junio de 1995.

- Comunicación de Nueva Zelanda - La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. OMC. Doc. WT/CTE/W/20, 15 de febrero de 1996.
- Factores que influyen en la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales. OMC Doc. WT/CTE/W/22, 21 de febrero de 1996.
- Propuesta del Japón - La relación entre las medidas comerciales adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente y el Acuerdo sobre la OMC. OMC. Doc. WT/CTE/W/31, 30 de mayo de 1996.
- Propuesta de la ASEAN - La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA). OMC Doc. WT/CTE/W/39, 24 de julio de 1996.
- Primer informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/1 de fecha 12 de noviembre de 1996.
- Cargas e impuestos aplicados con fines ambientales - ajustes fiscales en frontera. OMC Doc. WT/CTE/W/47 2 de mayo de 1997.
- Segundo informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/2 de fecha 26 de noviembre de 1997.
- Tercer informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/3 de fecha 30 de octubre de 1998.
- Cuarto informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/4 de fecha 14 de octubre de 1999.
- Comunicación de Suiza - La relación entre las disposiciones del Sistema Multilateral de Comercio y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA). OMC Doc. WT/CTE/W/139, 8 de junio de 2000.
- Comunicación de la Comunidad Europea - Resolución de la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. OMC Doc. WT/CTE/W/170, 19 de octubre de 2000.
- Quinto informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/5 de fecha 30 de octubre de 2000.
- Comunicación de Nueva Zelanda - La relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, con inclusión de las adoptadas en aplicación de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. OMC Doc. WT/CTE/W/180, 9 de enero de 2001.
- Matriz de las medidas comerciales adoptadas en el marco de determinados AMUMA. OMC. Doc. WT/CTE/W/160 Rev.1 Anexo de fecha 14 de junio de 2001 y Doc. WT/CTE/W/160/Rev.3 de 16 de febrero de 2005.
- Sexto informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/6 de fecha 5 de octubre de 2001.
- Comunicación de la Unión Europea - La relación entre las normas vigentes de las OMC y las medidas comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales del medio ambiente. OMC Doc. TN/TE/W/1 de fecha 21 de marzo de 2002.

Los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) y las normas de la OMC; propuestas realizadas en el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de 1995 a 2002. OMC Doc. TN/TE/S/1, 23 de mayo de 2002.

Comunicación de Argentina - La relación entre las normas vigentes de las OMC y las medidas comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales del medio ambiente. OMC Doc. TN/TE/W/2 de fecha 23 de mayo de 2002.

Comunicación de Japón - La relación entre las normas vigentes de las OMC y las medidas comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales del medio ambiente. OMC Doc. TN/TE/W/10, de fecha 3 de octubre de 2002.

Los impuestos, subvenciones e incentivos a la energía en los países de la OCDE y sus consecuencias económicas y comerciales para los Países en desarrollo, en particular, para los países en desarrollo productores y exportadores de petróleo. OMC Doc. WT/CTE/W/215, TN/TE/W/9 23 de septiembre de 2002.

Obligaciones comerciales específicas: Comunicación de la República de Corea. Apartado i) del párrafo 31. OMC Doc. TN/TE/W/13, 8 de octubre de 2002.

Séptimo informe del CCMA a la Conferencia Ministerial. OMC. Doc. WT/CTE/7 de fecha 16 de octubre de 2002.

Lista de documentos del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) en sesión extraordinaria. OMC Doc. TN/TE/INF/4/Rev.7 del 4 de octubre de 2005.

3. *Consejo del acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio y documentos relacionados*

Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard los días 7 y 8 de julio de 1999. OMC Doc. IP/C/M/24, 17 de agosto de 1999.

Comunicación de la India al Consejo de los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio. OMC Doc. IP/C/W/195, 12 de junio de 2000.

Protección de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales - la experiencia de la India. OMC Doc. WT/CTE/W/156, IP/C/W/198, 14 de julio de 2000.

Examen del párrafo b) del artículo 27 - Comunicación del Brasil. OMC Doc. IP/C/W/228, 24 de noviembre de 2000.

Examen del párrafo 3 b) del artículo 27: la opinión de Suiza. OMC Doc. IP/C/W/284 del 15 de junio de 2001.

Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard del 18 al 22 de junio de 2001. OMC Doc. IP/C/M/32, 23 de agosto de 2001.

Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard los días 19 y 20 de septiembre de 2001. OMC Doc. IP/C/M/33, 2 de noviembre de 2001.

Examen de las disposiciones del párrafo 3 b) del artículo 27. Resumen de las cuestiones planteadas y las observaciones formuladas. OMC Doc. IP/C/W/369, del 8 de agosto de 2002.

Examen del párrafo 3 b) del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC y la relación del Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la diversidad biológica (CBD) y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore: Opiniones de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros. OMC Doc. IP/C/W/383 17 de octubre de 2002.

Acta de la reunión celebrada en el centro William Rappard el 23 de octubre de 2002. OMC Doc. WT/DSB/M/134, 29 de enero de 2003.

Aplicación del párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC. OMC Doc. IP/C/28, 20 de febrero de 2003.

La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la diversidad biológica (CDB): Lista recapitulativa de cuestiones. OMC Doc. IP/C/W/420 y IP/C/W/420/Add.1, de fecha 2 y 5 de marzo de 2004 respectivamente.

4. *Grupo de negociaciones sobre el comercio de servicios y documentos relacionados*

Grupo de Negociaciones sobre Servicios - Glosario de temas y expresiones / inventario de los conceptos y cuestiones en estudio – revisión. GATT Doc. MTN.GNS/W/43/Rev.2, de fecha 25 de octubre de 1988.

Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios - Nota de la Secretaría. GATT Doc. MTN.GNS/W/120, de fecha 10 de julio de 1991.

Consignación en listas de los compromisos iniciales en la esfera del comercio de servicios: nota explicativa. GATT Doc. MTN.GNS/W/164, de fecha 3 de septiembre de 1993.

Decisión sobre el comercio de servicios y el medio ambiente. OMC Doc. S/L/4, 4 de abril de 1995.

Medio Ambiente y Servicios. OMC Doc. WT/CTE/W9 del 8 de junio de 1995.

Servicios relacionados con el medio ambiente. OMC Doc. S/C/W/46, del 6 de julio de 1998.

Introducción al acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS). OMC Doc. s/n , octubre de 1999.

5. *Otros documentos*

Informe de 1970 del Grupo de trabajo sobre ajuste fiscales en frontera. GATT Doc. L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970.

Decisión de trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo. GATT Doc. L/4903 LT/TR/D/1, de fecha 12 de abril de 1979.

Consejo General de la OMC - Preparativos para la Conferencia Ministerial de 1999: Comunicación de Kenya en nombre del Grupo Africano. OMC. Doc. WT/GC/W/302, 6 de agosto de 1999.

Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio - Decisión del comité relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al anexo 3 del acuerdo. Anexo 4 del segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio. OMC Doc. G/TBT/9, 13 de noviembre de 2000.

Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, las "pruebas de necesidad" en la OMC. OMC Doc. S/WPDR/W/27, 2 de diciembre de 2003.

Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, informe de la reunión celebrada el 3 de diciembre de 2003. OMC Doc. S/WPDR/M/24, 22 de enero de 2004.

C) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies, Paris: OECD, May 1972. Council Document no. C(72)128.

Report on Trade and Environment to the OECD Council at Ministerial Level, OCDE/GD(95) 63, 1995.

Processes and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework and Considerations on Use of PPM - Based Trade Measures, OECD Doc. OCDE/GD(97)137 11 August 1997.

“Experience With the Use of Trade Measures in the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES)”, *OCDE Working Papers*, Vol. V, No. 47, 1997.

“Utilisation de mesures commerciales dans le contexte des accords multilatéraux sur l’environnement. Rapport de synthèse sur trois études de cas”, *OECD Working Papers*, Vol. VII, No. 12, Paris 1999. OECD Doc. COM/ENV/TD (98) 127/FINAL.

Environment Directorate and International Energy Agency, *Market Access Issues In International GHG Emissions Trading*, 2000. OCDE Doc. COM/ENV/EPOC/IEA/SLT(2000)7.

Groupe de travail du Comité des échanges Évaluation des obstacles aux échanges de services: liste des critères utilisés pour procéder à l’examen des besoins économiques dans l’AGCS: vue d’ensemble. OCDE Doc. TD/TC/WP/2000(WP)11/FINAL, 10 novembre 2000.

Évaluation des obstacles aux échanges de services: approches intersectorielles (fondées sur des formules) en matière de négociations multilatérales relatives aux Services. OCDE Doc. TD/TC/WP(99)42/FINAL, 7 mars 2000.

Évaluation des obstacles aux échanges de services: services touristiques. OCDE Doc. TD/TC/WP/2000(WP)10/FINAL, 11 septembre 2000.

Évaluation des obstacles aux échanges de services : services de commerce de détail. OCDE Doc. TD/TC/WP(99)41/FINAL, del 16 de Octubre del 2000.

D) DOCUMENTOS DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Informe de la 29ª reunión del Comité del Codex sobre etiquetado de los alimentos, Ottawa, Canadá, 1 – 4 de mayo de 2001. (ALINORM 01/22A).

Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*. OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/8, 29 de marzo de 2002, párr. 35.

V. DOCUMENTOS DE LOS ORGANOS DE GESTION DE LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

A) RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA CAPA DE OZONO

Ad Hoc Working Group of Legal and Technical Experts for the preparation of a Protocol on Chlorofluorocarbons to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (Vienna Group), *Report of the Ad Hoc Working Group on the Work of his Second Session*. UNEP/WG. 167/2, 4 March 1987.

Decisión IV/16: Anexo D del Protocolo de Montreal. Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15 del 25 de noviembre de 1992

Decision V/17: Feasibility of banning or restricting from States not party to the Montreal Protocol the import of products produced with, but not containing, controlled substances in Annex A, in

accordance with paragraph 4 of article 4 of the Protocol. Doc. UNEP/OzL.Pro.5/12, 19 November 1993.

Decisión VI/12: Lista de productos que contienen sustancias controladas que figuran en el anexo B del Protocolo. Doc. UNEP/OzL.Pro.6/7 del 10 de octubre de 1994

Decisión VIII/18: Lista de productos que contienen sustancias controladas enumeradas en el Grupo II del anexo C del Protocolo (hidrobromofluorocarbonos). Doc. UNEP/OzL.Pro.8/12/12 de diciembre de 1996.

B) RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Intergovernmental Committee for a Framework Convention on Climate Change, *Compilation and Synthesis of National Communications from Annex 1 Parties*, New York: United Nations, December 1994, (A/AC.237/81).

“Respuestas a las preguntas del G-77 y China sobre los mecanismos de flexibilidad”, en Conference of the Parties Fourth Session, *Matters Related to Decision 1/CP.3 Paragraph 5.* FCCC/CP/1998/MISC.7/Add.1, 3 de noviembre de 1998, pp. 21-41,

Informe de la Conferencia de las Partes sobre su séptimo período de sesiones, celebrado en Marrakech del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001. FCCC/CP/2001/13/Add.1, del 21 de enero de 2002.

Decisión 15/CP.7, Principios, carácter y objeto de los mecanismos previstos en los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo de Kyoto, en el informe de la Conferencia de las Partes sobre su séptimo período de sesiones, celebrado en Marrakech del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001. FCCC/CP/2001/13/Add.2, del 21 de enero de 2002.

Decisión 24/CP.7, Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kyoto. FCCC/CP/2001/13/Add.3, 21 de enero de 2002.

Climate Change Secretariat, *"Good practices" in policies and measures among Parties included in Annex I to the Convention. Report by the Secretariat.* FCCC/SBSTA/2002/INF.13, 9 October 2002.

C) RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Tercera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, *El impacto de los sistemas de los derechos de propiedad intelectual sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y sobre el compartir equitativo de los beneficios de su uso.* UNEP/CBD/COP/3/22, del 22 de septiembre de 1996.

Third meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, *Factors Affecting Transfer of Environmentally Sound Technology (Note by the WTO Secretariat).* UNEP Doc. UNEP/CBD/COP/3/Inf.10, 22 September 1996.

Grupo de Trabajo Especial de composición abierta del período entre sesiones sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas del CDB, *Modalidades jurídicas y de otro tipo de protección para los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales con estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.* UNEP/CBD/WG8J/1/2 del 10 de enero de 2000.

D) DOCUMENTOS DE RÉGIMENES DIVERSOS

International Whaling Commission, 29th Annual Meeting, *Prevention of Importation of Whale Products, International Whaling Commission Resolution, Appendix 7* (1978).

Obligaciones de las Partes Contratantes con respecto a las licencias y a la inspección de los barcos de su pabellón que operan en el área de la Convención. CCAMLR Doc. Medida de conservación No. 119/XX del 2001.

Sistema de Documentación de Captura para Dissostichus spp. Merluza negra. CCAMLR Doc. Medida de conservación No. 170/XX del 2002.

Sistema para promover el cumplimiento de las medidas de conservación de la CCRVMA por barcos de Partes no contratantes. CCRVMA Doc. Medida de Conservación 10-07 (2003).

DIRECTORIO DE PÁGINAS WEB

Comisión para la conservación de los recursos vivos marinos antárticos:	www.ccamlr.org
Secretaría de la Convención sobre la diversidad biológica:	www.biodiv.org
The Center for Internacional Environmental Law:	www.ciel.org
Secretaría del Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestre:	www.cites.org
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación:	www.fao.org
Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible:	www.iisd.org
International Plant Protection Convention:	www.ippc.int
International Whaling Commission:	www.iwcoffice.org
Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos:	www.oecd.org
Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente:	www.unep.org
Foreign Trade Information System:	www.sice.org
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo:	www.unctad.org
Unión internacional para la protección de las obtenciones vegetales:	www.upov.int
Organización Mundial de Comercio:	www.wto.org
World Wild Life Found for Nature:	www.panda.org
Centre for Development Research:	www.zef.de

ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES

- ABBOTT, F. M.: 219
 ABU-AKEEL, A. K.: 189, 190
 ACQUATELLA, J.: 321
 ADOUKI, D. E.: 42
 AHLIND, A.: 175
 AKEHURST, M.: 341, 361
 ALBERTS, C. M.: 343
 ALTINGER, L.: 178
 ANDERSON, B.: 17, 77
 ANDERSON, K.: 77, 93
 ANDERSON, M.: 314
 ANURADHA, R. V.: 221, 303, 306
 ARCHARYA, R.: 302
 ASHFORD, N. A.: 313
 ATIK, J.: 391, 404
 AUSTIN, D. A.: 88
 ÁVILA, A. M.: 12, 133, 136
 AYERS, C.: 313
- BALTON, D.:** 115, 125
 BAKER, B.: 241, 242
 BARSTOW, D.: 57
 BARTELS, L.: 347, 352, 422
 BARTENHAGEN, E. P.: 295
 BARTENSTEIN, K. : 292
 BASTID, S.: 49, 50
 BENDER, E. K.: 308, 418
 BENEDICK, R. E.: 233, 234
 BERGEL, S. D.: 184, 185, 192, 193
 BERNAZANI, J. A.: 238
 BERR, C. J.: 148, 162
 BEURIER, J. P.: 316, 317
 BHAGWATI, J.: 77, 148, 149, 151, 152, 178, 350, 430
 BHALA, R.: 18, 386, 387
 BIERMANN, F.: 399, 401, 426, 427
 BILDER, B.: 17, 77
 BILDER, R. B.: 357
 BISHOP, W. JR.: 67
 BLANC, A.: 57,
 BLACKHURST, R.: 77
 BLOCHE, M.G.: 220
 BODANSKY, D.: 96, 117, 378, 379
 BOHM, P.: 327
 BOISSON DE CHAZOURNES L.: 378, 379, 380,
 BONAFÉ, B.: 371
 BORGEN, C. J.: 350, 354, 358
 BOTHE, M.: 73, 74, 102
 BOVAL, B.: 182
 BOYLE, A.: 48, 95, 103, 434
 BRACK, D.: 257, 262, 264
 BRAND, R.: 8, 113, 114
 BRENNAN, M.: 3, 53
 BROWN WEISS, E.: 57, 58, 59, 60, 62, 65, 66, 69, 103,
 107, 113, 114, 124, 173, 200, 265, 340, 399
 BRUNNÉE, J.: 234
 BRUNNER, A. E.: 13, 104
 BRYK, D. S.: 234
 BURHENE-GUILMIN, F.: 305
- BUSCH, L.: 269, 281
- CAMERON, J.: 9, 20, 77, 83, 103, 142, 173, 241,
 259, 262, 348, 349, 370, 431
 CAMPBELL, L. B.: 236, 240, 241
 CANNIZZARO, E.: 371
 CAPARROS, A.: 113
 CARBAJO, D.: 57
 CARDONA LLORENS, J.: 110, 131
 CARLSON, M.: 203
 CARLSON, R.: 58, 108
 CARRILLO SALCEDO, J. A.: 49
 CASADO, A.: 182, 192
 CASANOVAS, O.: 6, 41, 45, 48, 49, 55, 56, 271,
 341, 342, 353, 357, 358, 375, 379, 434
 CASTILLO, J. A.: 12, 133, 136
 CASTILLO, M.: 49
 CERRO, B.: 182, 192
 CHANG, H.: 77, 96, 117, 201, 336, 400, 424
 CHARNEY, J. I.: 338
 CHARNOVITZ, S.: 13, 24, 68, 73, 80, 81, 82, 83,
 84, 87, 88, 93, 103, 105, 115, 125, 127, 144,
 166, 175, 188, 189, 199, 231, 233, 246, 255,
 258, 259, 263, 266, 275, 283, 292, 320, 326,
 327, 330, 394, 395, 417
 CHEYNE, I.: 400
 CLARK, D.: 53
 CLEVELAND, S.: 93, 101
 COMPTON, M. M.: 277, 295, 297
 CONDON, B.: 13, 104, 231, 241, 386
 CONEJA, N.: 383
 CONFORTO, D.: 307, 309, 417
 CONTINI, P.: 65
 CORREA, C.: 182, 219, 220, 315, 317, 319
 COTTIER, T.: 310
 COVELLI, N.: 273
 CRAWFORD, C.: 13, 103
 CROLEY, S. P.: 119
- DAES, E. I.: 308, 312
 DALTON, R. E.: 356
 DAS, D. K.: 160
 DASGUPTA, P. S.: 74
 DE LA CUESTA, J.: 57
 DE LA GUARDIA, E.: 47, 50, 358
 DEMARET, P.: 20, 24, 78, 79, 83, 86, 102, 103,
 142, 173, 241, 259, 370, 431
 DHAR, B.: 225
 DÍAZ, M. A.: 12, 133, 136
 DIEZ DE VELASCO, M.: 42, 46, 380
 DOANE, M. L.: 182
 DOOGE, J.: 3, 53
 DOWER, R. C.: 262
 DOWNES, D.: 311
 DRIESEN, D. M.: 325
 DRUMBL, M.: 101
 DUNHOFF, J. L.: 63
 DUPUY, R. J.: 46

- DUTFIELD, G.: 309, 319
- ELIZALDE, M. A.: 17, 77, 78, 102
- ELLIOT, L.: 233
- ENDERS, A.: 178
- EPÓSITO, C.: 402
- ERB, J. S.: 163
- ESTY, D.: 115, 117, 350, 401, 403, 404
- EVANS, G. E.: 184
- EVANS, M.: 71, 340
- FAVRE, D. S.: 247
- FEKETUKY, G.: 151, 178
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C.: 374, 376
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: 8, 134
- FISH, S. C.: 305
- FITZMAURICE, M. A.: 64, 65, 66, 70, 71, 339
- FLETCHER, C. R.: 13, 103, 104
- FLITNER, M.: 225
- FOOTER, M. E.: 153, 160, 178, 180
- FORD, C.: 74, 103, 437
- FORNER, J.: 163
- FOSTER, M.: 93
- FOX, S. T.: 78
- FRALEY, R. T.: 303
- FREESTONE, D.: 63, 203, 281
- FRENCH, D.: 368
- FRITZ, T.: 154
- FUCHS, P.: 154
- GAINES, S.: 18, 209, 210, 252, 385, 394, 405, 425
- GARCÍA LÓPEZ, R.: 150, 152, 160, 161, 177, 332
- GARCÍA, S.: 402
- GEHRING, T.: 66
- GERARDIN, D.: 20, 83, 103, 142, 173, 241, 259, 370, 431
- GERVAIS, D.: 181, 192, 193, 194, 219, 221, 223, 308, 309, 318
- GIBBS, M.: 300
- GINSBURG, T.: 379, 382, 383
- GOH, G.: 241, 258, 263
- GOLDMAN, P.: 196
- GRAY, K. R.: 62, 348, 349
- GREEN, A.: 320, 328, 332
- GROTE, U.: 196
- GROVE-WHITE, R.: 269, 281
- GRUBB, M.: 257, 262, 264, 323, 324
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: 42, 43
- HALAJCZUK, B. T.: 44
- HALVORSSSEN, A. M.: 322
- HANDL, G.: 65
- HANSEN, M.: 107
- HART, H. L. A.: 41, 343
- HAVERKAMP, J.: 266, 292
- HEALD, P. J.: 308, 309
- HEATHCOLE, S.: 380
- HEY, E.: 63, 203, 281
- HILL, T. P.: 150
- HINDLEY, B.: 149, 151
- HIPPLER BELLO, J.: 119
- HIRSCH, M.: 151, 178
- HOEKMAN, B.: 152
- HOERNER, J. A.: 256, 257, 258
- HOFFMANN, U.: 99
- HOHOTS, V.: 273
- HORSCH, R. B.: 303
- HOUSMAN, R.: 108, 417
- HOWSE, R.: 101, 102, 148, 151, 155, 169, 270, 271, 293, 384, 388, 389, 394, 397, 402, 424
- HSU, L.: 345
- HUDEC, R.: 77, 87, 114, 135, 169, 171, 187, 350, 388, 389, 394, 395, 424, 425, 430
- HUFBAUER, G. C.: 163
- HUNT, K. J.: 236
- HUNTER, D.: 218
- IZQUIERDO, C.: 402
- JACKSON, J.: 7, 8, 11, 103, 105, 106, 113, 118, 119, 124, 125, 134, 135, 136, 142, 143, 163, 165, 166, 173, 200, 255, 257, 265, 299, 340, 344, 363, 383, 394, 399, 412, 413, 432
- JACOBY, D.: 304, 418
- JASANOFF, S.: 269, 281
- JENKS, C. W.: 351
- JHA, V.: 99
- JIMÉNEZ DE PARGA, P.: 63, 204, 281
- JINNAH, S.: 13, 320, 322, 325, 326
- JOHANSON, D. S.: 269
- JUSTE RUIZ, J.: 6, 8, 49, 53, 55, 56, 57, 60, 61, 63, 64, 71
- KALDERIMIS, D.: 413
- KATZENBERGER, P.: 185
- KEARNEY, R. D.: 356
- KELLY, C. R.: 8
- KELSEN, H.: 45, 341
- KENNEDY, K.: 115, 264, 294, 413
- KENT, J.: 113
- KEOHANE, R. O.: 265, 379
- KHOR, M.: 222, 224, 307, 309, 310, 319, 364
- KINGSBURY, B.: 66, 95, 103
- KIRCHHOFF, S.: 196
- KIRTON, J. J.: 103
- KISS, A.: 59, 62, 63, 64, 65, 66
- KLABBERS, J.: 43
- KNOX, J. H.: 415
- KOEKKOEK, A.: 149
- KOSKENNIEMI, M.: 359, 378, 379
- KRUEGER: 265
- KRUGMAN, P.: 7, 11, 105
- KUEI-JUNG, N.: 22, 102
- KUYPER, P.: 344
- LAHEY, S.: 112
- LAIRD, S.: 311
- LALLAS, P.: 117

- LAMY, P.: 182
 LANA, M.: 291
 LANG, W.: 9, 76, 102, 234
 LAUTERPACHT, H.: 378
 LAVALLEE, S.: 292
 LESKIEN, D.: 225
 LEVAN, A.: 341
 LIDROOS, A.: 360
 LIND, S. N.: 291
 LING, B.: 234, 242
 LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: 381
 LOIBL, G.: 15, 71, 339
 LÓPEZ ESCUDERO, M.: 148, 152, 155, 156, 158, 160, 178, 180
 LÓPEZ, F.: 57
- MAKUCH, Z.: 259, 262
 MANGAS MARTÍN, A.: 381
 MARCEAU, G.: 14, 270, 271, 288, 337, 339, 347, 357, 364, 366, 368, 401, 421, 422
 MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: 49
 MARTÍN, R.: 57
 MARTÍNEZ, E. J.: 78, 205
 MATSUSHITA, M.: 143
 MATTOO, A.: 177, 179, 180,
 MATZ, N.: 340
 MAVROIDIS, P.: 270, 271, 293, 347, 369, 372, 422
 McDONALD, J.: 236, 239
 McDORMAN, T. L.: 147
 MCGINNIS, J. O.: 119
 McLACHLAN, C.: 368
 MCRAE, D.: 18, 197, 198, 206, 209, 385, 398, 425
 MEDAGLIA, J. C.: 225
 MELGAR, M.: 13, 221, 224, 303, 311, 312, 313, 318, 350, 351, 364
 MENNES, L. B. M.: 149
 MENON, P. K.: 46
 MESSERLIN, P.: 148, 156, 157,
 MISSFELD, F.: 321, 322
 MORALES, F.: 57
 MORAVCSIK, A.: 379
 MOREL, B.: 80
 MORELLI, G.: 43
 MORENO, I. S.: 414
 MOVSESIAN, M. L.: 119
 MOYA, M. T.: 44
 MULLER, F.: 256, 257, 258
 MUNARI, F.: 319
 MYERS, D. P.: 43
 MYERS, N.: 113
- NADAI, A.: 80
 NANDA, V. P.: 58
 NEULING, B.: 400
 NICHOLSON, J. B.: 254
 NÜESCH, S.: 255
- O'BRIEN, P.: 200, 399
- OBSTFELD, M.: 7, 11, 105
 OH, C.: 315, 317
 ORBUCH, P.:
 ORDUNA, P.: 108
 ORTINO, F.: 137, 138, 139, 140
 OSAKWE, C.: 9, 76, 95, 97, 99
 OSTROVSKY, A. A.: 269, 276, 285, 287
 OTTEN, A.: 182
 OZAWA, C.: 66
- PAARLBERG, R. L.: 265
 PAIR, L. M.: 379, 380, 381
 PALMETER, D.: 347, 369, 372, 422
 PANIZZON, M.: 310
 PAOLILLO, F.: 15, 57, 62, 64, 65, 67, 68, 123, 339
 PARKER, R. W.: 329
 PARSON, E. A.: 233
 PASTOR RIDRUEJO, J.: 45
 PATTERSON, C. D.: 253
 PATTERSON, E.: 144, 145, 147
 PAULUS, A.: 14, 341
 PAUWELYN, J.: 14, 119, 275, 338, 339, 347, 348, 349, 351, 352, 356, 357, 359, 360, 361, 362, 369, 379, 382, 416, 422, 432, 433, 434
 PEARSON, C. S.: 108, 110, 114
 PEEL, J.: 384
 PESCATORE, M. P.: 163
 PETERSMANN, E. U.: 95, 96, 118, 345, 357, 434
 PETSONK, A.: 320, 322, 326, 328, 330
 PIERROS, P. X.: 255
 PRUZIN, D.: 238
- RAGOSTA, J.: 383
 REDGWELL, C.: 67
 REGAN, D.: 102, 169, 384, 388, 389, 394, 397, 402, 424, 425
 REMIRO BROTONS, A.: 44, 50
 RENZULLI, J.: 254
 REUTER, P.: 44, 46, 47, 48, 49, 51, 375
 RIVERA-TORRES, O.: 265, 269, 279, 285
 ROBERTSON, E.: 296
 RODRIGO, Á.: 71, 79, 87, 97, 321, 322, 324, 339
 RODRIGUEZ, F.: 105
 RODRIK, D.: 105
 ROESSLER, F.: 107
 ROJAS, V.: 114
 ROMANO, C. P. R.: 338
 ROUCOUNAS, E.: 351
 RUBIN, J. W.: 414
 RUBIN, S. M.: 305
 RÜDIGER, W.: 340
 RUGGIERO, R.: 229
 RUGIE, J.: 115
 RUGMAN, A. M.: 103
 RUIZ, M.: 307, 312, 417
 RUSSELL, B.: 58, 108

- SABIDO, M.: 181
 SADAT-AKHAVI, S.: 351, 362
 SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P. A.: 185
 SAFRIN, S.: 265, 304, 418
 SÁNCHEZ DE MUNIÁN, L.: 15, 89, 95, 124, 339
 SANDS, P.: 65, 67, 115, 125, 378, 379
 SAPIR, A.: 148
 SARHAN, K.: 119
 SARMA, L.: 308, 418
 SAURA, J.: 321, 323, 324
 SAUVÉ, P.: 148, 149, 150, 156,
 SCHIFFMAN, H. S.: 67
 SCHOEMBAUM, T. J.: 143, 350,
 SCHUETTE, S.: 101
 SCHWARTZ, R.: 408
 SCOTT, J.: 276
 SEPÚLVEDA, C.: 44, 48, 50
 SHAFFER, G.: 112
 SHAHABUDEEN, M.: 379
 SHANY, Y.: 14, 338
 SHAW, S.: 408
 SHELTON, D.: 62, 63, 66
 SHIM, S.: 325
 SHIM, Y.: 304, 319
 SHIVA, V.: 302, 308
 SIMMA, B.: 340, 342
 SIMMONS, B.: 201, 399, 400
 SINCLAIR, I.: 43, 350, 376
 SJÖSTEDT, G.: 93, 100
 SLAUGHTER, A. M.: 379
 SMITH, A.: 151
 SMITH III, R. F.: 414
 SOLA, J.: 45
 SOLOWAY, J. A.: 103
 SOMMER, J.: 218
 SOUTHWORTH, H.: 239
 SPECTOR, B. I.: 93, 100
 SPIERMAN, O.: 378
 SRINIVASAN, T.: 115, 125
 STAFFIN, E. B.: 290
 STARR, H. P.: 163
 STEGER, D. P.: 8, 119, 145
 STEINBER, R. H.: 377, 379
 STONE, C. D.: 242,
 STONE, J.: 378, 379, 380
 SUÁREZ, A.: 53
 SUBRAMANIAN, A.: 77, 93, 95, 96, 99
 SUR, S.: 377
 SUSSKIND, L.: 66
 SZASZ, P. C.: 57, 65
- TANCREDO, A.: 356
 TARASOFSKY, R.: 13, 301, 302, 306
 THOMS, L.: 234
 THORN, C.: 203
 TOMUSCHAT, C.: 6, 42
 TRACHTMAN, J. P.: 288, 342, 346, 347, 373,
 421
 TREBILCOCK, M. J.: 148, 151, 155
 TSAI, S.: 321
- TUGORES, J.: 7, 11, 105
 TWUM-BARINA, R.: 236, 240, 241
- ULLRICH, H.: 193
- VALLE, J.: 57
 VAN DER VYVER, J. D.: 380
- VAN HOOFFSTRATEN, D.: 117
 VAUGHAN, S.: 218
 VERHOEVEN, J.: 47
 VERHOOSSEL, G.: 313, 316
 VERMULST, E.: 107
 VICTOR, D.: 202
 VIVAS, D.: 227
 VOGLER, J.: 55
 VOÏCU, I.: 375
 VORLAT, K.: 234
 VRANES, E.: 341, 359
- WAGER, H.: 182
 WAGNER, J.: 203
 WAGNER, M.: 196
 WALZ, G. A.: 45
 WANG, Y.: 189, 190
 WEIL, P.: 378
 WEILER, H.: 14, 341
 WEISS, C.: 304
 WEISS, F.: 148, 190, 191, 392
 WELLENS, K. C.: 41, 343
 WEN-CHEN, S.: 13, 104, 245
 WERKSMAN, J.: 13, 320, 326
 WIDDOWS: 46
 WILDER, R.: 181
 WILLIAMS, V.: 234
 WINDRAM, C.: 257, 262, 264
 WINICKOFF, D.: 269, 281
 WINTER, R. L.: 13, 104
 WIRTH, D. A.: 324
 WISER, G. M.: 322, 331
 WOLD, C.: 13, 67, 104, 236, 239, 242, 246, 249,
 291, 350
 WOLFRUM, R.: 15, 71, 340
 WYNNE, B.: 269, 281
- YANG, T.: 414
 YOON, J. I.: 339
 YUSUF, A. A.: 182
- ZAELKE, D.: 108
 ZAPATERO, P.: 15, 340, 347, 352, 372, 421
 ZARTMAN, I. W.: 93, 100
 ZELDOVICH, M.: 383
 ZHANG, Z. X.: 320
 ZIEGLER, A.: 392
 ZIMMERMAN, M. B.: 262