

RESUMENTARIO SOBRE *CE – PRODUCTOS DERIVADOS DE LAS FOCAS*, INFORMES DEL GRUPO ESPECIAL

*Yahir Acosta**

Resumen: ¿Cuál es la relación entre el bienestar de los animales y el comercio internacional? ¿Qué valor jurídico tienen la moral y la ética de cara al sistema multilateral de comercio? ¿Cuál es la relación entre las tradiciones indígenas y el comercio internacional? Tremendias preguntas todas ellas. El caso *CE – Productos derivados de las focas* ensaya algunas respuestas. En este trabajo resumimos, examinamos y comentamos sus méritos y sus alcances. El resumen que ofrecemos comprende la totalidad del informe del Grupo Especial, mientras que nuestros comentarios son selectivos, es decir, sólo apuntan a temas puntuales y/o controversiales del mismo informe.

Palabras clave: Bienestar de los animales, Acuerdo OTC, reglamento técnico, moral pública, comunidades indígenas, inuits, Canadá, Noruega, UE.

Abstract: What is the relationship between animal welfare and international trade? What is the legal value of public morals and ethics in the multilateral trading system? What is the relationship between indigenous traditions and international trade? Tremendous questions, indeed. *EC – Seal products* may contain some answers. In this work, we summarize and examine both the merits and the scope of the Panel's conclusions. The summary we offer in this work is comprehensive of every issue addressed in the Panel's report, whereas our comments only address some of the main controversial topics of the report.

Keywords: Animal welfare, TBT Agreement, technical regulation, public morals, indigenous communities, Inuit, Canada, Norway, European Union.

INDICE.

I.	Introducción.....	3
II.	El Régimen europeo para las focas.....	5
1.	El Reglamento de base.....	6
2.	El Reglamento de aplicación.....	6
3.	Consideración de las medidas en litigio por el GE.....	7
4.	Orden del análisis: Principios jurídicos de <i>lex specialis</i> y economía procesal.....	8
III.	Alegaciones al amparo del Acuerdo OTC.....	8
1.	Lo primero es lo primero: ¿el régimen de la UE para las focas es un Reglamento técnico?.....	9
IV.	Análisis del GE sobre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (TN y NMF).....	10
1.	Primer elemento: ¿Productos similares?.....	10
A.	Cuestión preliminar: ¿Qué grupos de productos han de compararse?.....	10
2.	Segundo elemento: ¿el régimen de la UE para las focas tiene efecto perjudicial para los productos importados?.....	11

* Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (2007), becario Chevening por el Gobierno Británico (2009-2010) y Master con honores en Derecho Internacional Público por la *Queen Mary, University of London* (2010). Desde 2011 es Editor de la Revista de Derecho Económico Internacional, Departamento de Derecho, ITAM, México. Ha colaborado en diversos despachos tratando temas de comercio y arbitraje internacional.

CE - PRODUCTOS DERIVADOS DE LAS FOCAS (GE)

A.	La Excepción Comunidades Indígenas (CI).....	11
B.	La Excepción Gestión de los Recursos Marinos (GRM).....	12
3.	Tercer elemento: ¿el efecto perjudicial causado por el régimen de la UE para las focas "deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas"?	13
4.	¿Cuáles son las "distinciones reglamentarias" en el régimen de la UE para las focas? Conformes (CI y GRM) y no conformes.	13
A.	Cuestión preliminar sobre las cacerías de focas con fines comerciales: el valor de las pruebas	14
5.	Evaluación global de las características de la caza de focas en general.....	15
A.	Aplicación de métodos de matanza no crueles en la caza de focas	15
B.	Aturdimiento (golpeo o disparo).....	15
C.	Vigilancia y observancia de la aplicación de métodos de matanza sin crueldad en la caza de focas.....	16
D.	Evaluación global.....	16
6.	Características de la caza de focas con fines comerciales	16
7.	La cuestión de si la distinción entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías CI es legítima	17
A.	PRIMERO. La cuestión de si la distinción CI está relacionada con el objetivo del régimen de la UE	17
B.	PRIMERO-BIS. Relación entre la distinción CI y el objetivo del régimen de la UE para las focas	19
C.	SEGUNDO. La cuestión de si la causa o fundamento invocados por la Unión Europea para la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías CI es justificable.....	19
D.	TERCERO. La cuestión de si la distinción entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías CI, tal como se refleja en la excepción CI del régimen de la UE para las focas, está diseñada y se aplica de manera imparcial ...	21
8.	La cuestión de si la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías GRM es legítima.....	22
A.	PRIMERO. La cuestión de si la distinción GRM está racionalmente conectada con el objetivo del régimen de la UE para las focas	22
B.	PRIMERO-BIS. Relación entre la distinción GRM y el objetivo del régimen de la UE para las focas	23
C.	SEGUNDO. La cuestión de si la causa o fundamento invocados por la Unión Europea con respecto a la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías GRM son justificables	24
D.	TERCERO. La cuestión de si la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías GRM, tal como se refleja en la excepción GRM del régimen de la UE para las focas, está diseñada y se aplica de manera imparcial ..	25
V.	Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC	25
1.	Identificación del objetivo u objetivos que se persiguen con el régimen de la UE para las focas	26
A.	¿Un objetivo legítimo o varios objetivos legítimos?	28
2.	Legitimidad del objetivo identificado.....	29
3.	La cuestión de si el régimen de la Unión Europea para las focas restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo	30
A.	La cuestión de si el régimen de la Unión Europea para las focas restringe el comercio	30
B.	Grado en que el régimen de la Unión Europea para las focas alcanza el objetivo identificado	31
C.	Riesgos que crearía no alcanzar el objetivo	33
D.	La cuestión de si existe una medida que este razonablemente al alcance, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo	33
4.	Conclusión	35
VI.	Artículo 5 del Acuerdo OTC	35
1.	Párrafo 1.2 del artículo 5: la cuestión de si el procedimiento de evaluación de la conformidad crea obstáculos innecesarios al comercio internacional	35
A.	La cuestión de si el procedimiento de evaluación de la conformidad crea un obstáculo innecesario al comercio al no asegurar la existencia de un organismo que lo lleve a cabo	36

B.	La cuestión de si el procedimiento de evaluación de la conformidad crea un obstáculo innecesario al comercio porque es “más estricto [o] se aplica [] de forma más rigurosa de lo necesario para dar al miembro importador la debida seguridad” de conformidad.....	37
2.	Párrafo 2.1 del artículo 5: la cuestión de si el régimen de la Unión Europea para las focas “se inici[a] y ultim[a] con la mayor rapidez posible”.....	38
VII.	Alegaciones de no discriminación al amparo del GATT de 1994	41
1.	Relación entre el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC	41
2.	Párrafo 1 del artículo I.....	41
3.	Párrafo 4 del artículo III.....	42
4.	Justificación formulada por la Unión Europea de su régimen para las focas al amparo del artículo XX	43
A.	Introducción.....	43
B.	¿Cuáles son los aspectos específicos del régimen de la Unión Europea para las focas que deben ser considerados para un examen bajo el art. XX?.....	44
C.	Apartado a) del artículo XX.....	46
D.	Apartado b) del artículo XX.....	48
E.	Cláusula introductoria del artículo XX	48
VIII.	Otros alegatos: artículo XI del GATT, artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura y artículo XXIII del GATT	50
1.	Párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.....	50
2.	Párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura (Noruega).....	50
3.	Alegación no basada en una infracción formulada al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994	50
IX.	Constataciones y conclusiones del GE	51
X.	Conclusiones de este comentario.....	52

I. Introducción

¿Cuál es la relación entre el bienestar de los animales y el comercio internacional? ¿Qué valor jurídico tienen la moral y la ética de cara al sistema multilateral de comercio? ¿Cuál es la relación entre las tradiciones indígenas y el comercio internacional? Tremendas preguntas todas ellas. El caso *CE – Productos derivados de las focas*¹ ensaya algunas respuestas. En este trabajo resumimos, examinamos y comentamos sus méritos y sus alcances. El resumen que ofrecemos comprende la totalidad del informe del Grupo Especial, mientras que nuestros comentarios son selectivos, es decir, sólo apuntan a temas puntuales y/o controversiales del mismo informe. Comenzamos.

Sin duda el tema del bienestar de los animales en general, y de las focas en particular, son temas que atrapan la atención de muchas personas. Curioso es que Pamela Anderson (... sí, esa Pamela Anderson) y otras personalidades entreguen escritos *amicus curiae* en la OMC. Más allá del dato anecdótico, lo cierto es que el informe del Grupo Especial (GE) representa una riqueza de análisis, con algunas conclusiones cuestionables.

El informe contiene entre otras cosas, afirmaciones categóricas en relación con la moral y la ética, así como sobre la importancia de las actividades tradicionales llevadas a cabo por comunidades indígenas esquimales o inuit,² temas inusuales en este tipo de reportes.

¹ Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas (CE – Productos derivados de las focas)*, WT/DS400/R y WT/DS401/R, distribuidos en un mismo documento el día 25 de noviembre de 2013.

² La versión en español del informe del GE utiliza la palabra “inuit”, aunque cierto es que esta palabra no existe en el sitio web del *Diccionario de la Real Academia Española*. Entiendo que en su lugar, en español se usa la palabra “esquimal”, la cual sí está incluida

También tiene frases muy sólidas del GE, a las que nadie puede oponerse, como que “el bienestar de los animales es una cuestión de responsabilidad ética para los seres humanos en general”. Aunque, tal vez los toreros podrían estar en desacuerdo. Pero esa es otra historia.

¿Cuál es el objetivo de la medida de la Unión Europea? “En esta diferencia, la Unión Europea *no* ha sostenido en ningún momento que la protección del bienestar de las focas en sí misma fuera el objetivo de su régimen para las focas”. Son palabras del GE. Entonces, si eso no fue lo que protegían los europeos, ¿por qué los activistas pro-bienestar (¿o pro-vida?) de las focas celebraron la publicación de este informe del GE? La respuesta está en la sección V de este trabajo. Adelantamos que el consumo de pieles de focas ha descendido a la mitad a raíz de la adopción de la medida europea. La mitad que aún sigue vendiéndose son pieles de focas provenientes de la propia Unión Europea, cazadas por los esquimales groenlandeses. En todo caso, ¿cuántas focas sufren al año derivado de la cacería de focas? ¿Para el análisis jurídico es importante contestar esta pregunta?

Como vemos, los activistas en favor del bienestar animal y las comunidades indígenas pueden encontrar datos valiosos en este informe. A los abogados les podrá interesar conocer algunos detalles del tránsito procesal jurídico realizado por el GE, especialmente sobre la valoración de las pruebas y sobre la excepción de la moral pública. Por su parte, los creadores de políticas públicas también encontrarán un par de puntos y posiblemente podrían extraer lecciones de las constataciones del GE.

Sin más preámbulo, introducimos los datos generales del caso.

El 4 de octubre de 2012, el Director General de la OMC estableció el GE que examinó este caso: Sr. Luzius Wasescha (Presidente), Sra. Elizabeth Chelliah, y Sra. Patricia Holmes.³ El GE recibió comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas de un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG),⁴ algunos artistas⁵ y académicos.⁶ Finalmente, el 25 de noviembre de 2013 el GE distribuyó su informe final, el cual puede descargarse dando [click aquí](#).

Comenzamos pues a repasar los pormenores del caso, no sin antes mencionar un dato tal vez irrelevante, aunque dicen que en política no hay casualidades. Lo cierto es que la

en ese Diccionario y se define así: “Se dice del pueblo de raza mongólica que, en pequeños grupos dispersos, habita la margen ártica de América del Norte, de Groenlandia y de Asia”. Véase “*esquimal*”, en www.rae.es. ¿Inuit o esquimal? Este autor realizó esta pregunta al Departamento de «Español al día» de la Real Academia Española, y respondió: “*Inuit*, término no recogido en el diccionario de la Academia pero que sí traen otros diccionarios [...]. Parece ser que los esquimales en su lengua se nombran a sí mismos con este término inuit ('gente'). Esta denominación se documenta [...] en 1912; [en otra obra más] y no vuelve a hacerlo hasta 1990, año a partir del cual se documenta en varios textos, principalmente de prensa, muy a menudo por influjo directo del inglés. El término tradicionalmente empleado en español es esquimal”. También véase la nota al pie número 12 de este trabajo, la cual contiene la definición legal de “inuit” de acuerdo al Reglamento de base europeo. Todas las páginas web citadas en este texto, revisadas por última vez el 17 de marzo de 2014.

³ “The panel consists of Luzius Wasescha, a senior Swiss trade official and veteran WTO panel participant. Mr. Wasescha is currently the Chairperson of the WTO Negotiating Group on Market Access. Mary Elizabeth Chelliah from Singapore is Deputy Director of Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) at the Ministry of Trade and Industry in Singapore. As Mr. Wasescha, she has served on WTO panels before. Australian Patricia Holmes is a senior career officer with the Department of Foreign Affairs and Trade, who is currently serving as Australia's Ambassador to Argentina (with accreditation to Paraguay and Uruguay).” *European Fur Information Center*, “WTO panel for seal ban dispute has been appointed”, 16/10/2012, disponible en <http://www.furinformationcenter.eu/news/wto-panel-for-seal-ban-dispute-has-been-appointed.aspx>

⁴ Un grupo nutrido de ONGs entregó una comunicación el 25 de enero de 2013. Posteriormente, también entregaron una comunicación *People for the Ethical Treatment of Animals (PETA)*, de fecha 12 de febrero de 2013; y la *International Fur Trade Federation*, de fecha 28 de marzo de 2013. Cfr. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, nota al pie número 15 y 16.

⁵ Pamela Anderson entregó la comunicación en nombre de PETA. Asimismo, Jude Law hizo lo propio el 20 de abril de 2013, aunque en este caso el informe del GE no menciona si lo hizo en nombre de una ONG. Cfr. *Ibidem*, Nota al pie número 15 y 16.

⁶ También entregaron una comunicación Robert Howse, Joanna Langille y Katie Sykes, de fecha 11 de febrero de 2013, en la que hacen referencia “a la filosofía del “asistencialismo animal” y a su relación con una “tradicción de pensamiento moral establecida desde hace mucho tiempo”, y la cual fue utilizada por la Unión Europea en apoyo de sus argumentos. Cfr. *Ibidem*, nota al pie número 16 y 672.

distribución de este reporte se dio justo una semana antes de que comenzara la novena Conferencia Ministerial de la OMC en Bali.⁷ He leído en algún foro que, teniendo en cuenta que el informe del GE en *CE – Productos derivados de las focas* es tomado como una victoria por los activistas de ONGs que apoyan el bienestar de los animales, la publicación del informe a unos días de la reunión más importante de la OMC evitaría manifestaciones anti-OMC durante la reunión ministerial. No sé qué tanto hay de cierto en esa idea, pero los hechos son elocuentes. Sí hubo protestas anti-OMC en Bali, pero en ellas no estaba Pamela Anderson (ni nadie más) lanzando consignas por los derechos de los animales.⁸

II. El Régimen europeo para las focas

La política pública europea se traduce en una medida relacionada con la venta de productos derivados de las focas adoptada por la Unión Europea en 2009 (régimen de la UE para las focas). Con arreglo a la medida, la introducción en el mercado de productos derivados de las focas está prohibida en la Unión Europea salvo que satisfagan determinadas condiciones. Una de ellas se aplica a los productos derivados de las focas obtenidos de focas cazadas por comunidades indígenas o inuit (la llamada “condición CI”). La otra se aplica a los productos derivados de las focas obtenidos de focas cazadas con fines de gestión de los recursos marinos (la llamada “condición GRM”). Los viajeros también pueden introducir productos derivados de las focas en la Unión Europea en circunstancias limitadas (la “condición relativa a los viajeros”). El régimen establece prescripciones específicas para cada una de las tres condiciones.⁹

El Canadá y Noruega impugnan en esta diferencia los dos siguientes instrumentos jurídicos de la UE:

- a. Reglamento (CE) N° 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el comercio de productos derivados de la foca, Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, N° 286 (31 de octubre de 2009). ("el Reglamento de base") y
- b. Reglamento (UE) N° 737/2010 de la Comisión, de 10 de agosto de 2010, por el que se establecen disposiciones específicas de aplicación del Reglamento (CE) N° 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el comercio de productos derivados de la foca, Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, N° 216 (17 de agosto de 2010). "el Reglamento de aplicación",

El GE aclaró que se referiría a ambos reglamentos como "el régimen de la UE para las focas". Además, mencionó que utilizaría indistintamente los términos cacerías/categoría/excepción/prescripciones CI, y cacerías/categoría/excepción/prescripciones GRM.¹⁰ Pensamos que parece una aclaración pertinente considerando los llamados de atención que el OA ha hecho en otros casos en que grupos especiales relacionados con el Acuerdo OTC no han guardado uniformidad en el etiquetado conceptual utilizado en el transcurso de sus análisis.¹¹

⁷ La Conferencia Ministerial de la OMC es el órgano de adopción de decisiones más importante de la OMC, puede adoptar decisiones sobre todos los asuntos comprendidos en el ámbito de cualquiera de los Acuerdos Comerciales Multilaterales. Consiste en una reunión bianual de los Ministros de los países miembros.

⁸ Cfr. "NGO, Farmers stage more protests against WTO", The Jakarta Post, disponible en: <http://www.thejakartapost.com/bali-daily/2013-12-04/ngo-farmers-stage-more-protests-against-wto.html>

⁹ Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.1.

¹⁰ *Ibidem*, párrafo 7.56

¹¹ Por ejemplo, en el caso *Estados Unidos – EPO* el OA manifestó su preocupación ya que “la formulación del objetivo

1. *El Reglamento de base*

El artículo 3 del Reglamento de base establece las normas que regulan las "condiciones de comercialización" de los productos derivados de las focas:

Artículo 3. Condiciones de comercialización.

1. Se permitirá la comercialización de productos derivados de la foca únicamente cuando procedan de la caza tradicional practicada por la población inuit y otras comunidades indígenas, y contribuyan a su subsistencia. Estas condiciones se aplicarán en el momento o lugar de importación de los productos importados.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) también se permitirá la importación de productos derivados de la foca si es de carácter ocasional y consiste exclusivamente en objetos destinados al uso personal de los viajeros o de sus familiares. La naturaleza o cantidad de esas mercancías no podrá ser tal que apunte a la intención de importarlas con objetivos comerciales;

b) también se permitirá la comercialización de productos derivados de la foca obtenidos de subproductos de la caza regulada en la legislación nacional con el único objetivo de la gestión sostenible de los recursos marinos. La comercialización se permitirá únicamente sin ánimo de lucro. La naturaleza o cantidad de los productos derivados de la foca no podrá ser tal que apunte a la intención de comercializarlas con objetivos comerciales.

En el Reglamento de aplicación se detallan prescripciones específicas para cada una de las tres condiciones para importar y/o comercializar productos derivados de las focas. El GE señaló que el preámbulo del Reglamento de base sería tomado en cuenta cuando fuera oportuno. Adelantamos que lo fue para el tema de la moral pública como excepción a las obligaciones OMC.

2. *El Reglamento de aplicación*

En opinión del GE, la finalidad del Reglamento de aplicación se enuncia en el artículo 1: "establece[r] disposiciones detalladas de aplicación para la comercialización de productos derivados de las focas, de conformidad con el artículo 3" del Reglamento de base.

Concretamente, el artículo 3 dispone que, para estar comprendidos en la categoría de cazas CI, los productos derivados de las focas deben proceder de cacerías de focas que se ajusten a las siguientes tres condiciones:

- a. cacerías de focas efectuadas por los inuit¹² u otras comunidades indígenas¹³ que tienen una tradición de caza de focas en la comunidad y en la región geográfica;
- b. cacerías de focas cuyos productos se utilicen, consuman o transformen, al menos en parte, en las propias comunidades de acuerdo con sus tradiciones; y
- c. cacerías de focas que contribuyan a la subsistencia de la comunidad.

perseguido por los Estados Unidos por el Grupo Especial varió a lo largo de su análisis. [...] Con esas formulaciones diferentes del objetivo, el Grupo Especial introdujo en su razonamiento un cierto grado de incertidumbre". Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) (Estados Unidos – EPO)*, WT/DS384/AB/R/ y WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012, párrafo 387.

¹² Por "inuit" se entiende "los miembros indígenas del territorio inuit -es decir, las zonas árticas y subárticas en las que los inuit tienen actualmente o por tradición derechos e intereses aborígenes- reconocidos por los inuit como miembros de su pueblo y a los que pertenecen los inupiat, yupik (Alaska), inuit, inuvialuit (Canadá), kalaallit (Groenlandia) y yupik (Rusia)". (Reglamento de base, apartado 4 del artículo 2.)

¹³ Por "otras comunidades indígenas" se entiende "comunidades en países independientes que son consideradas indígenas por descender de las poblaciones que poblaban el país, o una región geográfica a la que pertenece el país, en el momento de la conquista, colonización o establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, independientemente del estatus que se les reconozca jurídicamente, conservan todas o alguna de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas". (Reglamento de aplicación, apartado 1 del artículo 2.)

El artículo 5 dispone que, para estar comprendidos en la categoría de caza GRM, los productos derivados de las focas deben proceder de cacerías de focas que satisfagan las tres siguientes condiciones:

- a. cacerías de focas efectuadas con arreglo a un plan de gestión nacional o regional de los recursos naturales que emplee modelos científicos de población de los recursos marinos y aplique un enfoque basado en los ecosistemas;
- b. cacerías de focas que no sobrepasen el cupo total admisible establecido con arreglo al plan mencionado en la letra a); y
- c. cacerías de focas cuyos subproductos se comercialicen de forma no sistemática y sin ánimo de lucro.¹⁴

Por disposición del régimen de la UE, los productos resultantes de cazas CI y GRM tienen que ir acompañados de un certificado (artículo 7), el cual debe ser emitido por un organismo reconocido (artículo 6). Asimismo, el número del certificado deberá indicarse en toda factura posterior (apartado 4 del artículo 7).

3. Consideración de las medidas en litigio por el GE

A. Una o varias medidas

El GE estimó que el régimen de la UE para las focas, si bien estaba compuesto por dos instrumentos jurídicos, a saber, dos reglamentos técnicos, debía examinarse como un todo integrado.

En todo caso, el GE aclaró que el tratar tanto al Reglamento de base como al Reglamento de aplicación como una sola medida no significaba que no puedan impugnarse distintos aspectos del régimen de la UE al amparo de distintas disposiciones de los Acuerdos abarcados de la OMC. De hecho, observó que los reclamantes, al presentar sus alegaciones de que el régimen de la UE es incompatible con varias disposiciones del GATT de 1994 y el Acuerdo OTC, a veces se centran en aspectos específicos del régimen de la UE, y otras veces en el régimen de la UE en su conjunto.¹⁵

B. Caracterización de la medida en litigio

Después de hacer el estudio y examen respectivo de la medida en litigio, el GE dijo que el carácter sustantivo de la medida por un lado prohíbe los productos derivados de las focas, y por el otro lado los permite si se cumplen determinadas condiciones específicas. Para el GE, en su conjunto y en la práctica la medida actuaba como una prohibición a la importación, pero solamente para aquellos productos importados que no satisfacen las condiciones establecidas en una de las tres prescripciones del régimen de la UE.

Por tanto, además de las *excepciones expresas* consagradas en los Reglamentos (es decir, las excepciones CI y GRM y la relativa a los viajeros), el régimen de la UE también crea *excepciones implícitas* para los productos derivados de las focas en casos de tránsito, perfeccionamiento activo e importación para casas de subastas y reexportación.

Con mucho acierto, el GE observó que el régimen de la Unión Europea fue redactado de manera similar con el caso *CE – Amianto* y de manera análoga, concluyó que habida

¹⁴ "Por "comercialización sin ánimo de lucro" se entiende la "comercialización, a un precio igual o inferior al de recuperación del coste sufragado por el cazador, deduciendo el importe correspondiente a eventuales subvenciones recibidas en concepto de actividades de caza". (Reglamento de aplicación, apartado 2 del artículo 2.) El concepto "comercializar de forma no sistemática" no está definido en los Reglamentos.

¹⁵ Para conocer en términos generales la estrategia de litigio adoptada por los reclamantes en este caso, ver Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, nota al pie número 58.

cuenta de las excepciones previstas en el régimen de la UE, éste régimen no constituye una prohibición "total" o "general" de los productos derivados de las focas; antes bien, el régimen tiene componentes tanto prohibitivos como permisivos, y debe examinarse en ese sentido.

Así las cosas, el GE caracterizó así a la medida:

7.56 [...] el régimen de la UE para las focas funciona, en su totalidad, como una prohibición de los productos derivados de las focas, combinada con una excepción y dos salvedades, que constituyen las tres condiciones prescritas en el artículo 3 del Reglamento de base (es decir, los productos derivados de las focas obtenidos de cacerías CI, cacerías GRM, y los importados dentro de la categoría de importaciones de viajeros).

4. Orden del análisis: Principios jurídicos de *lex specialis* y economía procesal

En la OMC existe una sólida tradición casuística para suponer que el GE tendría que privilegiar el principio de *lex specialis* y comenzar analizando los alegatos de los reclamantes relacionados con el Acuerdo OTC primero, y posteriormente los del GATT.

Sin embargo, los abogados canadienses y noruegos estimaron extrañamente que el GATT debía examinarse primero, y después el Acuerdo OTC. Además los canadienses pedían al GE que en caso de concluir que el régimen de la UE es inconsistente con el GATT, se aplicará el principio de economía procesal respecto a las alegaciones formuladas por el Canadá al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

Tomando en cuenta la jurisprudencia en los casos *CE - Banano III* y la orientación del asunto *CE - Sardinas*, así como los criterios de la trilogía de casos OTC reciente,¹⁶ el GE utilizó el principio de *lex specialis* para concluir que estimaban adecuado iniciar su análisis por las alegaciones de los reclamantes al amparo del Acuerdo OTC, seguidas por las formuladas al amparo del GATT de 1994.

Es importante mencionar que el GE también observó el alcance de las impugnaciones de los reclamantes y la naturaleza extensiva de aquéllas. El GE explicó, por tanto, que el principio de economía procesal no aplicaba.

Esta constatación del GE le abriría la puerta (procesalmente hablando) para analizar los alegatos de los reclamantes respecto del GATT. Este criterio, como veremos más adelante, se aparta de los criterios contenidos en la trilogía de casos OTC reciente. Sin duda, esto pone de relieve la tensión existente entre el principio de economía procesal y (¿el principio?) de exhaustividad procesal.

Más allá de la importancia procesal del principio jurídico, lo importante es que el GE tuvo oportunidad de analizar el régimen de la Unión Europea a la luz de las excepciones del artículo XX del GATT, es decir, las excepciones a las obligaciones del GATT relacionadas con a) sobre moral pública, y b) sobre el medio ambiente.

III. Alegaciones al amparo del Acuerdo OTC

Tanto el Canadá como Noruega presentaron alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 y los párrafos 1.2 y 2.1 del artículo 5. El Canadá presentó también una alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2, a la cual fue añadida Noruega, a pesar de no haberlo solicitado expresamente. ¿A qué obedece esta acción? ¿Acaso esto es una estrategia legal del GE para dar uniformidad en los efectos de su sentencia? ¿Es necesaria y/o deseable una sentencia uniforme? Son preguntas que dejamos en el tintero.

¹⁶ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - EPO*.

1. *Lo primero es lo primero: ¿el régimen de la UE para las focas es un Reglamento técnico?*

Antes de examinar las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del Acuerdo OTC, se debe determinar que la medida analizada constituye un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, y en consecuencia está comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC.

La expresión "reglamento técnico" está definida en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Basándose en esa definición, el GE recordó que el Órgano de Apelación ha desarrollado una triple prueba para establecer si un documento reúne las condiciones de un reglamento técnico:

- 1°. El documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable.
- 2°. El documento debe establecer una o más características del producto, o los procesos y métodos de producción (PMPs) con ella relacionados.
- 3°. La observancia de las características del producto debe ser obligatoria.

Las partes discreparon, en cuanto al segundo criterio de la definición, a saber, si el régimen de la UE para las focas "establece las características del producto o los procesos y métodos de producción [PMPs] con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables".

Aunque el GE abordó todos los elementos de la triple prueba, nosotros sólo nos detendremos a revisar el relacionado con el segundo criterio, por las razones mencionadas en el párrafo anterior.

A. *¿El régimen de la UE para las focas establece una o más características del producto o los PMP con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables?*

Después de realizar su análisis el GE concluyó:

7.110 Por consiguiente, los criterios establecidos por las excepciones identifican los productos derivados de las focas que pueden comercializarse en la Unión Europea. Lo hacen definiendo las categorías de focas que pueden utilizarse como insumos para esos productos; únicamente las focas obtenidas del tipo específico de cazador y/o de cacerías que reúnen las condiciones establecidas pueden utilizarse para elaborar productos finales. A nuestro juicio, esos criterios constituyen "características objetivamente definibles" de los productos derivados de las focas que pueden comercializarse en la UE, y en consecuencia establecen "características" específicas de los productos finales. Así pues, como en el asunto *CE - Amianto*, las excepciones establecidas en el régimen de la UE identifican un grupo de productos con "características" específicas mediante una serie de criterios estrictamente definida.

7.111 En resumen, el régimen de la UE para las focas, considerado como un todo, establece las características de todos los productos que pueden contener foca. También establece las disposiciones administrativas aplicables a determinados productos que contienen insumos de foca que están exentos de la prohibición prevista en la medida.

7.112 Recordamos que para demostrar que se satisface este criterio de la definición de reglamento técnico que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, los reclamantes tienen que probar que el documento establece o bien "las características del producto" o "los PMP con ellas relacionados". Dado que hemos constatado que la medida, considerada como un todo, establece las características del producto en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, no estimamos necesario examinar si el régimen de la UE también establece los PMP.

IV. Análisis del GE sobre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (TN y NMF)

El párrafo 1 del artículo 2 contiene una obligación de nación más favorecida (NMF) y de trato nacional. El GE señaló que por lo que respecta a la obligación de trato NMF, el Canadá sostiene que el régimen de la UE da a los productos derivados de las focas importados del Canadá un trato menos favorable que el otorgado a productos derivados de las focas similares originarios de Groenlandia. Por lo que respecta a la obligación de trato nacional, el Canadá alega que el régimen de la UE da a las importaciones de productos derivados de las focas procedentes del Canadá un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional, especialmente de Suecia pero también de Finlandia.

Para determinar si el régimen de la UE infringe las obligaciones NMF y de trato nacional establecidas en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, de acuerdo al texto del Acuerdo OTC y la jurisprudencia, se tienen que examinar los tres elementos siguientes:

- a. si los productos derivados de las focas importados y nacionales/de otro origen extranjero son productos similares;
- b. si el régimen de la UE tiene un efecto perjudicial para las oportunidades de competencia del grupo de productos derivados de las focas importados frente al grupo de productos derivados de las focas nacionales/de otro origen extranjero; y
- c. si el efecto perjudicial sobre las importaciones, de existir, deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en lugar de reflejar discriminación contra el grupo de productos importados.¹⁷

1. Primer elemento: ¿Productos similares?

El GE evaluó la similitud de los productos y concluyó que los productos derivados de las focas “conformes” con el régimen de la UE y “no conformes” con el régimen de la UE son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁸

A. Cuestión preliminar: ¿Qué grupos de productos han de compararse?

Si bien, la similitud entre los productos (focas y sus derivados) no fue controvertida por las partes, sin embargo, sí discreparon sobre los grupos de productos similares que hay que comparar para determinar si el régimen de la UE es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. 7.151

El GE recordó que el "universo" de productos abarcados por esta diferencia, tal como han convenido las partes, figura en el cuadro 1, el cual reproducimos a continuación:

Cuadro 1: Grupo de productos derivados de las focas similares

Distinción	Productos derivados de las focas nacionales	Productos derivados de las focas noruegos	Productos derivados de las focas canadienses	Productos derivados de las focas de otro origen extranjero	
				Groenlandia	Otros
No conformes [con el régimen de la UE]	A	B	C [95% según el GE]	D	E
Conformes [con el régimen de la UE] (Cacerías CI y GRM)	F	G	H	I	J

El GE retomó el criterio aplicado por el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* y sugirió que el grupo de productos importados debería compararse con el grupo de productos nacionales o de otro origen extranjero. Así

¹⁷ Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.132.

¹⁸ *Ibidem*, párrafos 7.134-7.140.

pues, a efectos de examinar la alegación del Canadá al amparo del párrafo 1 del artículo 2, y por referencia al cuadro 1 *supra*, el GE concluyó:

7.154 [...] los productos derivados de las focas del Canadá (casillas C y H), la inmensa mayoría de los cuales son productos no conformes [es decir, casilla H], tienen que compararse con los productos derivados de las focas nacionales (casillas A y F) y los productos derivados de las focas groenlandesas (casillas D e I), respectivamente. *Esto es así aunque un pequeño porcentaje de productos derivados de las focas procedentes del Canadá pueda reunir las condiciones para la comercialización en la UE en virtud de una de las excepciones.* [énfasis añadido]

2. Segundo elemento: ¿el régimen de la UE para las focas tiene efecto perjudicial para los productos importados?

Apoyándose en la jurisprudencia OMC, especialmente en el Informe del Órgano de Apelación, en *Estados Unidos – EPO*, el GE evaluó "el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto" del régimen de la UE, así como otras características pertinentes del mercado de las focas y sus derivados, incluyendo las características específicas de la industria, la cuota de mercado relativa en la rama de producción, las preferencias de los consumidores, así como la estructura tradicional del comercio.¹⁹

El GE también constató que, consideradas a la luz de los requisitos específicos de las categorías CI y GRM, la mayoría de las focas cazadas en el Canadá no reunirían las condiciones establecidas en las excepciones. El Canadá adujo que la prohibición establecida por el régimen de la UE apuntaba concretamente a las cacerías de focas canadienses no conformes, de las que procede alrededor del 95% de los productos derivados de las focas canadienses. En opinión del GE, las pruebas a que se remitió el Canadá (Debates del Parlamento Europeo específicos, así como una Declaración del Parlamento Europeo) sugieren que la legislación europea sobre las focas estaba de hecho principalmente destinada a excluir los productos derivados de las focas resultantes de las cacerías de focas no conformes en el Canadá.

A. La Excepción Comunidades Indígenas (CI)

Asimismo, el Canadá se apoyó en un estudio de 2010 realizado a petición de la Comisión Europea por COWI (informe de COWI correspondiente a 2010), un grupo consultivo danés, el cual concluye varias observaciones sobre los efectos de la categorización de las excepciones CI y GRM.

Respecto a la excepción CI, concluye que se prevé que sólo una minoría de los productos derivados de las focas canadienses reunirá las condiciones establecidas en la excepción CI. Por el contrario, en el informe se constata que es probable que la caza groenlandesa satisfaga las prescripciones CI. Los siguientes datos son contundentes:

En el informe de COWI se indica que en Groenlandia alrededor del 90% de la población es inuit; hay una antigua tradición de caza de focas que ha formado parte del patrimonio cultural de las comunidades; y las focas no se cazan con el único objetivo de comercializar productos, sino que se consumen y se utilizan en la comunidad local y contribuyen a la economía local.²⁰

Más aun, el estudio COWI correspondiente a 2010 llega a las siguientes conclusiones sobre la probable repercusión del régimen de la UE:

Como es improbable que la caza [con fines comerciales en el Canadá] satisfaga las condiciones

¹⁹ *Ibidem*, párrafo 7.157.

²⁰ *Ibidem*, nota al pie número 214.

del [Reglamento de base], algunas de las importaciones de grasa podrían desplazarse sobre todo a Groenlandia, que probablemente estará comprendida en las condiciones establecidas en el artículo 3. Esto podría incluso dar lugar a inversiones adicionales en instalaciones de recogida y/o elaboración en Groenlandia. ... Es probable que sólo Groenlandia pueda hacer las inversiones necesarias para aprovechar las exenciones, ya que la escala de la caza en el Canadá es demasiado pequeña y no está tan centralizada como la de Groenlandia (la caza inuit en el Canadá utiliza en lo fundamental las cadenas de venta y comercialización de la caza con fines comerciales, lo que significa que tendría que invertir mucho para separar los productos inuit del resto). Tanto para los compradores como para los productores, no es probable que los beneficios justifiquen las inversiones, debido a la cantidad limitada de los productos en cuestión.²¹

El GE concluyó que por lo tanto, la proporción de la producción total que *no* reuniría las condiciones para su comercialización en virtud de la excepción CI es relativamente alta (es decir, aproximadamente un 95%) en el caso del Canadá, mientras que la mayoría de los productos derivados de las focas groenlandesas reúnen las condiciones necesarias.

El Departamento de Pesca, Caza y Agricultura de Groenlandia²² había sido recientemente reconocido a efectos del artículo 6 del Reglamento de aplicación europeo, por lo que Groenlandia ya está facultada para emitir certificados para la comercialización en la UE de productos derivados de las focas groenlandesas. Teniendo en cuenta ese hecho, y a la luz de los argumentos de las partes, el GE consideró que todos, o prácticamente todos los productos derivados de las focas procedentes de Groenlandia reúnen las condiciones para acceder al mercado de la UE en virtud de la excepción CI, mientras que la mayoría de los productos similares producidos por el Canadá no están en conformidad con los requisitos de la excepción CI y en consecuencia no pueden beneficiarse del régimen de la UE.²³

B. La Excepción Gestión de los Recursos Marinos (GRM)

Respecto a la excepción GRM, el Canadá aduce asimismo que los requisitos excluyen *a priori* prácticamente todos sus productos derivados de las focas. En particular, porque los productos derivados de las focas canadienses proceden de cacerías de focas que tienen lugar de manera "sistemática" y organizada. Además, la caza de focas es una actividad comercial en el Canadá, y en consecuencia, la caza no reuniría las condiciones establecidas en el requisito de inexistencia de ánimo de lucro.

La Unión Europea observó que actualmente los productos derivados de las focas procedentes de Suecia que vayan acompañados del documento pertinente al que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento de aplicación pueden comercializarse al amparo de la excepción GRM.

El GE observó que la cantidad de productos derivados de las focas procedentes de cacerías de focas abarcadas o posiblemente abarcadas por la excepción GRM "es limitada". Nosotros creemos que realmente es muy limitada, considerando la afirmación de la Unión Europea respecto a que el número de focas abarcadas por la excepción GRM en 2011 en Suecia fue de 86. No parecen muchas focas.

²¹ *Ibidem*. Nota al pie número 219.

²² Groenlandia es una región autónoma del Reino de Dinamarca. Dinamarca es miembro de la OMC por derecho propio, pero también como parte de la Unión Europea. Para evitar confusiones, el Grupo Especial decidió llamar uniformemente a "Groenlandia" en el transcurso de su Informe (en lugar de, por ejemplo, Dinamarca – Groenlandia). Cfr. *Ibidem*, párrafo 6.3.

²³ *Ibidem*, párrafo 7.164.

Sin embargo, el GE aclaró que a su juicio la repercusión limitada de la excepción no es pertinente para evaluar si la excepción GRM afecta desfavorablemente a las oportunidades competitivas de los productos importados, frente a los productos nacionales similares, en el mercado de la UE. Aunque la excepción GRM afecte únicamente a un pequeño número de productos derivados de las focas, la mayoría de los productos derivados de las focas de la Unión Europea pueden reunir las condiciones para la comercialización en la UE al amparo de esa excepción, mientras que prácticamente todos los productos derivados de las focas canadienses no las reúnen.

Por lo tanto, basándose en su examen del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto del régimen de la UE, así como en pruebas relacionadas con otras características pertinentes del mercado, el GE constató que el régimen de la UE tiene un efecto perjudicial en las oportunidades competitivas de los productos importados canadienses frente a los productos importados de Groenlandia y los productos nacionales de la UE.

3. Tercer elemento: ¿el efecto perjudicial causado por el régimen de la UE para las focas "deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas"?

Para resolver esta cuestión, el GE analizó dos temas principales: a) primero, cuáles son las distinciones reglamentarias pertinentes en el marco del régimen de la UE; y b) segundo, si esas distinciones reglamentarias son "legítimas".

4. ¿Cuáles son las "distinciones reglamentarias" en el régimen de la UE para las focas? Conformes (CI y GRM) y no conformes.

¿Cuál es la distinción reglamentaria que la Unión Europea tuvo que justificar? La respuesta la presentamos en este sub-inciso.

Recordamos que con base en el texto de las disposiciones del régimen de la UE para las focas y la definición de un reglamento técnico del Acuerdo OTC, el GE concluyó que la distinción entre productos conformes y no conformes se basa en criterios específicos relacionados con las cacerías de focas de las que éstas proceden para uso como insumos en los productos finales.²⁴

Esos criterios incluyen la identidad del cazador (inuit o indígena); el tipo de caza (cacerías inuit tradicionales); la finalidad de la caza (subsistencia o gestión de los recursos marinos); y la manera en que los productos se comercializan (en forma no sistemática y sin ánimo de lucro). Por consiguiente, los criterios en cuestión no contienen ningún requisito concerniente a métodos de caza específicos. A mayor abundamiento, el GE aclaró que los criterios establecidos en el régimen de la UE conciernen a "la caza tradicional practicada por la población inuit y otras comunidades indígenas", lo cual, a efectos de aclaración, no alude a los *métodos* de caza sino más bien al requisito de que una comunidad tenga una tradición de caza de focas "en la región geográfica".²⁵

Por consiguiente, *la distinción reglamentaria que la Unión Europea tuvo que justificar ante el GE es entre las cacerías CI y GRM y las cacerías que no son CI o GRM.*

Dadas las posiciones de las partes, el GE observó que su deber era determinar si la distinción entre cacerías CI y GRM, por un lado, y cacerías con fines comerciales, por otro, es legítima y no refleja discriminación contra los productos derivados de las focas importados procedentes de cacerías que no son CI ni GRM.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 7.3.1.

²⁵ *Ibidem*, nota al pie número 238.

Así, el GE comenzó su análisis por los aspectos fácticos de las cacerías con fines comerciales, ya que ésta es la principal distinción trazada por la medida frente a las cacerías CI y GRM. Seguidamente evaluó, en primer orden, la distinción específica entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías CI y, después, la distinción entre las cacerías de focas con fines comerciales y las cacerías GRM, para determinar si las respectivas distinciones son "legítimas" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

A. Cuestión preliminar sobre las cacerías de focas con fines comerciales: el valor de las pruebas

En esta parte el GE se detuvo para mencionar la controversia existente entre las partes sobre el valor probatorio de algunas evidencias. Especialmente, de los informes científicos y las grabaciones en video; así como de los reportes encargados a consultores que no fueron publicados y que no han sido sometidos a examen por homólogos; y también pruebas facilitadas por ONGs con intereses no comerciales.²⁶

El GE recordó que en su examen de las pruebas que le fueron presentadas tuvo debidamente en cuenta los argumentos de las partes relativos a la fiabilidad y credibilidad de varias fuentes. Específicamente, al evaluar las pruebas en su totalidad, el GE dijo haber tomado en cuenta varios elementos, entre ellos, su rigor analítico y empírico; los conocimientos especializados pertinentes de los autores; y la finalidad y/o mandato de los estudios, declaraciones e informes presentados al GE.

Es importante mencionar que el GE observó que *la mayoría de estas pruebas conciernen a cacerías realizadas en el Canadá y Noruega; es decir, al GE le fueron presentadas "relativamente poca información científica o empírica sobre las consecuencias para el bienestar de los animales de la caza de focas que realmente tiene lugar en otros países donde se cazan"*.²⁷ En este punto encuentro una similitud con el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)* ya que en ese caso el OA constató que no había documentación probatoria suficiente sobre el daño causado a los delfines en otras zonas fuera del PTO.

El GE también hizo una constatación muy importante. Primeramente, observó que las partes, en apoyo de sus respectivas posiciones, citaron muchas veces las constataciones y conclusiones del dictamen científico de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESAs) sobre los aspectos de la matanza y despellejamiento de focas relacionados con el bienestar de los animales. El GE subrayó que ninguna de las partes ha puesto en entredicho la fiabilidad y exactitud del dictamen científico de la AESA. Nos parece que esta afirmación es clave para comprender la constatación que posteriormente realizaría el GE para definir el aspecto "finalidad de la caza" como uno de los criterios de la "distinción reglamentaria legítima" contenida en el régimen de la Unión Europea. Adelantamos desde ahora que la controversia sobre si la finalidad de la caza podía categorizarse como "con fines comerciales" fue uno de los elementos más importantes para delinear la distinción entre las cacerías CI y GRM, de otro tipo de cacerías (es decir, de cacerías "con fines comerciales").

En todo caso, el GE aclaró que basándose en la totalidad de las pruebas primero evaluaría las características de la caza de focas en general, y posteriormente las supuestas características de la caza de focas con fines comerciales en particular.

²⁶ *Ibidem*, nota al pie 245.

²⁷ *Ibidem.*, párrafo 7.184.

5. Evaluación global de las características de la caza de focas en general

El GE revisó varios elementos relacionados con las características de la caza de focas en general. Como era de esperarse, algunos de estos aspectos son muy explícitos, descritos con el detalle necesario para forzarnos a fruncir el ceño.

Mejor, a efectos de dar una idea general al lector, enlistaremos simplemente las características de la caza de focas tomadas en cuenta por el GE, las cuales son: las particularidades del entorno físico en las cuales se realiza la caza de focas; las características de las focas; los métodos para cazar focas; los métodos de matanza no crueles en la caza de focas; la posibilidad real de la aplicación de métodos de matanza no crueles en la caza de focas; los motivos de preocupación por lo que respecta a la aplicación de métodos de matanza sin crueldad en la caza de focas; las heridas y pérdidas; así como el enganche/garfeado de focas conscientes.

Nosotros nos detendremos únicamente en la característica relacionada con la posibilidad real de la aplicación de métodos de matanza no crueles en la caza de focas porque este punto fue uno de los factores determinantes en la conclusión del GE. Antes de esto, nos parece pertinente recordar que el GE admitió que las partes reconocen la existencia de principios generalmente aceptados de matanza no cruel, descrita por la AESA como "el acto de matar a un animal que reduce cuanto sea posible el dolor, la angustia y el sufrimiento innecesarios, es decir, que no causa dolor, angustia, miedo y otros sufrimientos evitables". Basándose en esos principios, el GE estimó que las partes convienen en que un método de matanza de tres etapas es el punto de referencia generalmente reconocido para la matanza no cruel de las focas. Este método consiste en a) un aturdimiento efectivo que conlleva pérdida de conciencia; b) la comprobación para asegurarse de la pérdida de conciencia; y c) un desangrado efectivo. Respecto a estas tres etapas, solo nos detendremos a analizar qué significa "aturdimiento efectivo" para el GE, ya que en este punto se aborda el tema del riesgo de sufrimiento para los animales, o en palabras del GE, "riesgos...de malas consecuencias para el bienestar de los animales".

A. Aplicación de métodos de matanza no crueles en la caza de focas

Para la Unión Europea si bien, en teoría, sería posible prescribir un método no cruel para matar focas, en la práctica las condiciones excepcionales en las que la caza de focas tiene lugar harían imposible aplicar y hacer observar ese método de manera eficaz y sistemática. Los reclamantes sostienen que las condiciones en que la caza de focas tiene lugar no crean obstáculos intrínsecos para la matanza no cruel, y que de hecho las focas son matadas de manera no cruel en sus respectivas cacerías.²⁸

El GE procedió a examinar estos argumentos, basándose en las pruebas disponibles.

B. Aturdimiento (golpeo o disparo)

El GE concluyó que durante una cacería de focas es inevitable que se den casos de aturdimiento ineficaz tras el uso tanto de hakapiks o garrotes, como de armas de fuego, y por lo tanto que "la caza de focas plantea riesgos inevitables de que algunas focas no sean aturdidas instantánea y eficazmente".

Ante esta afirmación nos surge una pregunta. ¿Existe un límite aceptable de sufrimiento en la caza de focas? El GE contestaría lo siguiente:

7.207 Hay algunas pruebas en forma de muestras de datos y observaciones de inspectores de la

²⁸ *Ibidem.*, párrafo 7.197.

caza de focas que indican tasas posiblemente altas de aturdimiento efectivo. [...] *aunque esos datos pudieran extrapolarse a la caza en su totalidad, una tasa insatisfactoria de bienestar animal del orden del 5% (como se constata en los datos más sólidos de la muestra de Daoust (2012) con la mayor continuidad en las pruebas) reflejaría aun así un riesgo de matanza cruel en cacerías de focas que, en función de la escala de la caza, podría representar el sufrimiento de un gran número de focas.*

Me parece que estamos ante un tema muy delicado. En su momento, cuando escribí mi comentario sobre *Estados Unidos – Atún II (México)*,²⁹ me surgió una pregunta similar: ¿existe un límite aceptable de muertes de delfines (como daño colateral a la pesca de atún)? En ese caso, a pesar de que el tema del bienestar animal no fue tratado como tal, en cambio, la protección del medio ambiente (específicamente, de los delfines) sí lo fue. Lo que empezamos a distinguir, como veremos más adelante, es que estos dos criterios (bienestar animal y protección del medio ambiente) aunque están relacionados, no significan lo mismo, y por tanto se encuadrarían bajo diferentes excepciones en el Acuerdo OTC y/o en el artículo XX del GATT.

C. Vigilancia y observancia de la aplicación de métodos de matanza sin crueldad en la caza de focas

El GE consideró que existen dificultades para la vigilancia y la observancia que se dan en general en la caza de focas, con independencia de las diferencias específicas en la forma de cazar y vigilar. El GE apuntó que aparte de la escala y la gran extensión territorial de la caza, entre otros factores cabe señalar las limitaciones de los recursos/el personal de vigilancia, así como las dificultades generales para la aplicación por los cazadores de focas de las prescripciones reglamentarias en las circunstancias reales de la caza de focas.

D. Evaluación global

Con base en las pruebas disponibles, el GE constató que las circunstancias y condiciones que prevalecen en las cacerías de focas plantean ciertos problemas específicos para la matanza sin crueldad de las focas. Añadió que debido a esos problemas, en cualquier cacería dada existe el riesgo de que las focas sufran consecuencias, de diversa intensidad y duración, malas para su bienestar. Asimismo:

7.224 El desafío que supone conciliar las exigencias de una matanza sin crueldad con los riesgos y dificultades propios de la caza de focas, junto con la posiblemente gran extensión del territorio de caza, plantea un obstáculo para la vigilancia y observancia de la aplicación de métodos de matanza sin crueldad. *Nuestra evaluación de las pruebas, consideradas en su conjunto, nos lleva a pensar que esos riesgos para el bienestar de las focas existen en las cacerías de focas en general.* [énfasis añadido]

6. Características de la caza de focas con fines comerciales

La Unión Europea traza una distinción entre la caza de focas con fines comerciales y las cacerías CI y GRM. Esta distinción se basa en las diferentes condiciones características de cada tipo de cacería. Para la Unión Europea las cacerías de focas con fines comerciales son cacerías practicadas "con fines comerciales, en las que las focas son matadas principal o exclusivamente para obtener un beneficio de las pieles, el aceite y otros productos

²⁹ Acosta, Yahir, "Comentario sobre *Estados Unidos – Atún II (México)*, Informe del Órgano de Apelación", Revista de Derecho Económico Internacional Vol. 3 No. 2, Junio 2013, disponible en http://dei.itam.mx/archivos/revistajunio2013/REVISTA_JUNIO_Comentario_Atun.pdf

derivados de las focas cazadas". Según la Unión Europea, con independencia del ánimo de lucro, esa finalidad comercial se pone de manifiesto en otras características de la caza, como su magnitud (a menudo a gran escala, afectando a decenas o cientos de miles de focas); su intensidad (sistemática, competitiva, y en un período de tiempo reducido); y el uso final de los productos derivados. Estas características no están presentes en las cacerías CI y GRM, de acuerdo con la UE.

Por su lado el Canadá y Noruega niegan que sus cacerías puedan distinguirse de las cacerías CI y GRM sobre la base de la finalidad de la caza afirmada por la Unión Europea; los reclamantes destacan que todos los tipos de caza de focas tienen igualmente un componente comercial.

El GE abordó los argumentos de las partes sobre esta controversia, y consideró varios elementos similares a los analizados en su examen de las "características de la caza de focas en General" *supra*. Específicamente en esta oportunidad, el GE tuvo en cuenta los aspectos fácticos de la caza de focas con fines comerciales, la identidad del cazador, la finalidad de la caza, la escala de la caza, los períodos de caza, los métodos, la organización y control de la caza, la utilización de productos derivados de la caza, y la aplicación de métodos de matanzas incluidas en la caza de focas con fines comerciales. Después de realizar su análisis el GE constató que:

7.245 [...] en la medida en que la motivación comercial da lugar al sacrificio de un mayor número de focas en cacerías que tienen lugar dentro de un período de tiempo limitado, esto puede contribuir adicionalmente a someter a las focas a los riesgos para el bienestar de los animales identificados [anteriormente] por lo que respecta a las cacerías de focas en general.

Así las cosas, el GE procedió a determinar si las distinciones entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías CI, así como si las distinciones entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías GRM, son legítimas de acuerdo al Acuerdo OTC.

7. La cuestión de si la distinción entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías CI es legítima

El GE utilizó la orientación dada por el Órgano de Apelación en ocasiones previas por lo que respecta al análisis de las prescripciones del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Por tanto, concluyó que la legitimidad de la distinción reglamentaria entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías CI debe determinarse examinando las siguientes cuestiones:

7.259 [...] primero, si la distinción está racionalmente conectada con el objetivo del régimen de la UE para las focas; segundo, si no lo está, si hay alguna causa o fundamento que puedan justificar la distinción (es decir, "explicar la existencia de la distinción") a pesar de la falta de conexión con el objetivo del régimen, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la presente diferencia; y, tercero, si la distinción de que se trata, tal como se refleja en la medida, está "diseñada o aplicada en una forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificable", de modo que no es "imparcial".

A. PRIMERO. La cuestión de si la distinción CI está relacionada con el objetivo del régimen de la UE

El GE estudió las características de las cacerías CI, de las cuales ofrecemos un resumen a continuación:³⁰

³⁰ Cfr. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafos 7.261-7.271.

- Identidad del cazador: Inuit (esquimal) o comunidades indígenas. El régimen de la UE contiene una definición de "inuit" (en pocas palabras, son lo que en algunas partes de América latina se conoce como esquimales).³¹ También define a "otras comunidades indígenas" como "comunidades en países independientes que son consideradas indígenas por descender de las poblaciones que poblaban el país, o una región geográfica a la que pertenece el país, en el momento de la conquista, colonización o establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, independientemente del estatus que se les reconozca jurídicamente, conservan todas o alguna de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas".

- Finalidad de la caza: primero, su propio uso y consumo como parte de la cultura y tradición inuit; y, segundo, el intercambio de subproductos derivados de las focas, como las pieles, sea mediante trueque o venta para generar ingresos. El GE observó las particularidades en el caso de los inuits de Groenlandia. Hay que recordar que ahí el 90% de la población es inuit, y que la mitad de las pieles de foca se consume localmente, y la otra mitad se comercializa y se exporta.³²

- Escala de la caza: En general, los inuits cazan focas individualmente, capturando cada vez unas pocas focas. Así, pareciera ser que la escala de la caza de focas por los inuits no es importante. Sin embargo, los números muestran otra realidad, ya que por ejemplo la captura anual media de focas anilladas en Groenlandia es de 82,000, mientras que en el Canadá es de 38,000 ejemplares de la misma especie.³³

- Períodos de caza de focas: las cacerías CI normalmente tienen lugar a lo largo de todo el año.

- Métodos de caza: Sobre la base de la información concerniente a Groenlandia, el GE constató que los principales métodos de caza utilizados por los inuit groenlandeses son el uso de rifles desde embarcaciones en "cacerías en aguas abiertas" o las trampas y redes. El método de matanza basado en redes y trampas subacuáticas tiene por objeto "mantener a la foca en posición sumergida lo bastante para que agote su suministro de oxígeno y muera de asfixia". Este hecho es importante porque de acuerdo con el dictamen científico de la AESA, "las capturas con redes han planteado graves preocupaciones en materia de bienestar animal porque someten a las focas a largos tiempos e intensas magnitudes de sufrimiento".³⁴ Sin duda, este es un elemento interesante para el análisis del tipo de cacería CI a la luz del bienestar de los animales y las excepciones del sistema OMC (del Acuerdo OTC y del GATT).

- Organización y control de la caza: La caza CI tiene lugar principalmente con carácter individual. Normalmente los cazadores inuit no están sujetos a supervisión o a la observancia de los reglamentos sobre la caza de focas en sus cacerías. Sin embargo, el GE observó que en Groenlandia se requiere que los cazadores a tiempo completo dispongan de una licencia para que puedan vender las pieles a la curtiduría Great Greenland A/S, la cual por cierto, es un monopolio estatal de la provincia de Groenlandia.

³¹ Ver notas al pie número 2 y 11 de este trabajo.

³² Cfr. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.285

³³ La captura media anual de focas rayadas, anilladas y con capucha en Groenlandia se cifra en aproximadamente 164.000 ejemplares (82.000 focas rayadas; 78.000 focas anilladas y 4.600 focas con capucha). En contraste, en el Canadá, en 2011 se capturaron 38.018 focas rayadas, y en los últimos años se han capturado menos de 100 focas con capucha. En el informe del GE no figuran datos sobre la captura de focas anilladas en el Canadá. Cfr. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.266 y nota al pie número 424.

³⁴ *Ibidem*, nota al pie número 428.

- Utilización de productos derivados de la caza: Los inuit y otras comunidades indígenas consumen carne de foca como parte esencial de su dieta, y utilizan pieles de foca y otras partes de las focas para diversos fines, como parte de su cultura y tradición. También venden subproductos de las focas cazadas, principalmente pieles de foca, a los mercados. En el caso de Groenlandia, también se vende a los mercados internacionales.

Después de tomar en consideración cada uno de estos elementos, y su interacción como un todo, el GE determinó que no hay una relación racional entre el objetivo del régimen de la UE en su conjunto y la distinción entre cacerías con fines comerciales y CI, esencialmente porque las cacerías CI plantean como mínimo los mismos riesgos para el bienestar de las focas que las cacerías con fines comerciales.

Ciertamente, las pruebas demuestran que algunos métodos de caza utilizados por los inuit o las comunidades indígenas, como las "trampas y redes", no son compatibles con métodos de matanza sin crueldad.

B. PRIMERO-BIS. Relación entre la distinción CI y el objetivo del régimen de la UE para las focas

En este apartado comenzaremos a explorar cómo es que la UE articuló el objetivo de su régimen para las focas, a saber: atender a las preocupaciones de orden moral de los ciudadanos de la UE relativas al bienestar de las focas. Concretamente, las preocupaciones de moral pública de la UE descritas por la Unión Europea se refieren a dos aspectos. Se trata de: a) la incidencia de la matanza cruel de focas; y b) la participación individual y colectiva de los ciudadanos de la UE como consumidores de productos procedentes de focas matadas cruelmente y la medida en que se ven expuestos a la actividad económica que sustenta el mercado de esos productos.³⁵ Asimismo, también adelantamos que el GE constató que las preocupaciones de los ciudadanos de la UE por lo que respecta al bienestar de las focas guardan relación con la caza de focas en general, y no se limitan a algún tipo de caza en particular.

Dado que las cacerías CI suscitan las mismas preocupaciones relativas al bienestar de los animales que la caza de focas en general, y considerando las pruebas que demuestran el uso por cazadores inuit de métodos como "trampas y redes", el GE constató que las cacerías CI pueden causar a las focas el mismo dolor y sufrimiento que preocupan a los ciudadanos de la UE. Por consiguiente, constató que la distinción CI no guarda una relación racional con el objetivo de atender a las preocupaciones de orden moral de los ciudadanos de la UE por lo que respecta al bienestar de las focas.³⁶

La Unión Europea no negó que los productos derivados de las focas que podrían reunir las condiciones establecidas en la excepción CI no están conformes con el objetivo de proteger el bienestar de los animales, y de hecho pueden contribuir a ponerlo en peligro. No obstante, alegó que la aplicación de determinados métodos de caza como las "trampas y redes" es indispensable para la subsistencia de los inuit, que de otro modo no podrían cazar durante casi la mitad del año, y que esto, en consecuencia, prevalece sobre las preocupaciones relativas al bienestar de los animales.³⁷

C. SEGUNDO. La cuestión de si la causa o fundamento invocados por la Unión Europea para la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías CI

³⁵ *Ibidem*, párrafo 7.274.

³⁶ *Ibidem*, párrafo 7.275.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 7.276.

es justificable

Para determinar si la supuesta diferencia en la finalidad de la caza constituye una causa o fundamento justificable de la distinción en cuestión, a pesar de su falta de conexión con el objetivo de la medida, el GE señaló que tenía que examinar dos cuestiones: primero, si, y en qué modo, la finalidad de las cacerías CI difiere de la finalidad de las cacerías con fines comerciales; y, segundo, si alguna distinción constatada en la *finalidad* de la caza justifica la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías CI trazada en la medida.

a. La cuestión de si la finalidad de las cacerías CI difiere de la finalidad de las cacerías con fines comerciales

En contraste con lo que sucede en las cacerías con fines comerciales, no parece que la mayoría de los inuit y las comunidades indígenas cacen focas con la única o principal finalidad de venderlas en el mercado. Dicho esto, el GE constató:

7.288 Antes bien, la caza de focas es una manifestación de una forma de vida para los inuit y las comunidades indígenas, así como una actividad que los define como inuit. Por consiguiente, el aspecto comercial de las cacerías CI no es de la misma magnitud que el asociado a las cacerías con fines comerciales.

Por esta razón, el GE concluyó que aunque las cacerías CI puedan tener también un aspecto comercial, estaba persuadido de que el aspecto de subsistencia de esas cacerías, combinado con la identidad del cazador como inuit, es importante para su cultura y tradición, así como para su sustento. En esa medida, la finalidad principal de las cacerías CI puede distinguirse de la de las cacerías con fines comerciales.

b. La cuestión de si la diferencia en la finalidad de las cacerías comerciales y las cacerías CI justifica la distinción entre esas dos cacerías establecida por el régimen de la Unión Europea para las focas.

El GE remarcó que en las circunstancias de la presente diferencia, los intereses a equilibrar con el objetivo de la medida en litigio tienen su fundamento en la importancia, reconocida ampliamente en instrumentos nacionales e internacionales, de la necesidad de preservar la cultura y tradición de los inuit y asegurar su subsistencia, especialmente en relación con lo que la caza de focas significa en esas comunidades.

Destacó que los hechos y circunstancias imperantes en los casos *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* y *Brasil - Neumáticos recauchutados* no eran similares a los de este caso, debido a que “la causa o fundamento de la excepción otorgada en virtud del régimen de la UE a los productos procedentes de cacerías CI es justificable a pesar de la falta de conexión racional con la protección del bienestar de las focas, porque se basa en los singulares intereses de los inuit y las comunidades indígenas, que son y han sido reconocidos ampliamente, como se demostró ante el GE en el tránsito procesal de este caso. [Dadas esas circunstancias, el GE aceptó estar persuadido] de que la protección de los intereses de los inuit justifica la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías CI.”

Además, el GE tomó en consideración que “las pruebas demuestran que los intereses de los inuit siempre se han invocado como una consideración importante al adoptarse una reglamentación relacionada con productos derivados de las focas”, tanto en Noruega como en el Canadá, así como en la actual medida europea. En contraste, en una nota al pie, el GE explicó que las excepciones objeto del asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados* se

introdujeron durante la aplicación de la prohibición.³⁸ Aquí encontramos una lección valiosa para los creadores de políticas públicas, y esta es la de velar por la oportunidad, coherencia y consecuencia entre las medidas que aplican, así como los medios regulatorios utilizados, los fines buscados y los valores que se quiere proteger.

Así las cosas, el GE concluyó que fue persuadido por la explicación de la Unión Europea de que la principal finalidad de las cacerías CI, a saber, preservar la tradición y cultura de los inuit y sustentar su subsistencia, puede distinguirse de la de las cacerías con fines comerciales, y justifica la distinción CI, que protege intereses de las comunidades indígenas. Sin embargo, aclaró que de las pruebas que le fueron presentadas no podía deducir que el fundamento o la causa de la distinción pueden estar vinculados a los supuestos "criterios de moral pública de los ciudadanos de la UE" en general.

Por esta razón, el GE procedió a continuación a examinar si esa distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías CI, tal como se refleja en el régimen de la UE en virtud de la excepción CI, está diseñada y se aplica de manera imparcial.

D. TERCERO. La cuestión de si la distinción entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías CI, tal como se refleja en la excepción CI del régimen de la UE para las focas, está diseñada y se aplica de manera imparcial

El GE examinó diversos factores en su análisis, a saber:

7.313 [...] el nivel de desarrollo del aspecto comercial de la caza de focas en Groenlandia; la cantidad de pieles de foca comercializadas en Groenlandia; y el carácter integrado de la industria de productos derivados de las focas en Groenlandia, el Canadá y Noruega, indican que la finalidad de la caza de focas en Groenlandia tiene características que están estrechamente relacionadas con las de la caza con fines comerciales. [...] De hecho, las cacerías de focas en Groenlandia están más comercializadas que las de cualesquiera otras comunidades indígenas o inuit. Por tanto, la caza de focas en Groenlandia constituye actualmente una "economía mixta, en la que coexisten elementos de subsistencia y monetarios".³⁹

Al examinar el funcionamiento del régimen de la Unión Europea para las focas, el GE observó:

7.314 Por consiguiente, con arreglo a las pruebas disponibles, entre un pequeño número de inuit y comunidades indígenas que podrían satisfacer los requisitos específicos de la excepción CI, los inuit de Groenlandia y del Canadá son los más probables, cuando no los únicos, beneficiarios de la medida. Sin embargo, dadas las circunstancias fácticas que caracterizan a los inuit y las comunidades indígenas del Canadá, arriba explicadas, actualmente Groenlandia, con las cacerías CI más comercializadas, es de hecho el único beneficiario de la excepción CI.

Después de analizar algunas pruebas documentales, el GE también tomó nota de cómo las autoridades aduaneras danesas habían aplicado en la práctica la excepción CI, y constató:

7.317 Las consideraciones arriba expuestas, a saber, el texto de la excepción CI, sus antecedentes legislativos y la aplicación en la práctica de la excepción CI, arrojan graves dudas sobre la imparcialidad del diseño y la aplicación de dicha excepción. Concretamente, el fundamento o

³⁸ *Ibidem.*, nota al pie 478.

³⁹ *Management and Utilization of Seals in Greenland* (Prueba documental JE-26), páginas 25 y 26: "Hoy en día la caza de focas no es económicamente viable sin una subvención. No obstante, las capturas proporcionan el suministro básico de alimentos para la mayoría de las comunidades." [nota al pie original]

causa de la excepción (es decir, la distinción entre cacerías CI y cacerías con fines comerciales sobre la base de su finalidad) era la "subsistencia" de los inuit y las comunidades indígenas en términos de su cultura y tradición, así como de su sustento. No obstante, en virtud de la medida, a la excepción CI sólo tiene *de facto* acceso Groenlandia, donde la caza inuit presenta la mayor similitud con las características comerciales de las cacerías con fines comerciales. Esto, a nuestro juicio, sugiere que la excepción CI *no* se diseñó o se aplica de manera imparcial, de modo que todos los posibles beneficiarios puedan tener acceso a sus beneficios.

7.319 Habida cuenta de lo anterior, concluimos que la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías CI basada en la finalidad de la caza, aunque es justificable a la luz de las explicaciones sobre los beneficios para los inuit o las comunidades indígenas dadas por la Unión Europea, no está diseñada ni se aplica de manera imparcial. Por consiguiente, constatamos que la excepción CI del régimen de la UE es incompatible con las obligaciones que corresponden a la Unión Europea en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ya que la Unión Europea no ha demostrado que el efecto perjudicial para los productos derivados de las focas canadienses causado por la excepción CI se debe exclusivamente a una distinción legítima.

8. La cuestión de si la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías GRM es legítima

Las cacerías GRM son una actividad que implica un sacrificio selectivo de "focas nocivas". A continuación explicaremos con mayor detalle las características de este tipo de cacería.

Comenzamos recordando que el análisis del GE de la cuestión de la legitimidad de la distinción reglamentaria entre las cacerías con fines comerciales y las cacerías GRM, utilizó los tres mismos criterios de su examen para las cacerías CI, a saber:

A. PRIMERO. La cuestión de si la distinción GRM está racionalmente conectada con el objetivo del régimen de la UE para las focas

El GE estudió las características de las cacerías GRM, utilizando prácticamente los mismos criterios que las cacerías CI.⁴⁰ Ofrecemos un resumen a continuación:

- Identidad del cazador: En lo fundamental, las cacerías GRM están protagonizadas, con carácter voluntario, por pescadores cuyas poblaciones de peces o artes de pesca están en peligro debido al comportamiento de determinadas focas, o de la población de focas en una zona en particular.

- Finalidad de la caza: el GE entendió que de acuerdo con la UE, la excepción GRM tiene en cuenta que, junto con las cacerías a gran escala practicadas principalmente con fines comerciales, también hay cacerías a pequeña escala que se llevan a cabo ocasionalmente para asegurar que determinadas focas sean eliminadas como plagas ("focas nocivas"), o que las focas sean matadas porque con arreglo a los estudios científicos su población en una zona en particular supone una amenaza para las pesquerías y/o el ecosistema (sacrificio selectivo de focas).

- Escala de la caza: Uno de los principales factores que diferencia las cacerías GRM de otros tipos de cacerías es su magnitud. Por ejemplo, en 2010 en Suecia se mataron 115 focas, en Finlandia entre 400 y 500 focas y en Escocia se matan anualmente 3,500 focas.⁴¹

⁴⁰ *Ibidem*, párrafos 7.329-7.335.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 7.331. Para Finlandia los números expresan solamente la cantidad de focas grises sacrificadas, ya que "en la región del Mar Báltico de Finlandia también hay focas anilladas, [pero] no se expiden licencias para su caza [por lo que no hay datos sobre este tipo de focas]". Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, nota al pie 544.

- Períodos de caza de focas: varía en función del país del área de distribución y el tipo de focas cazadas.
- Métodos de caza: por lo general son similares a los utilizados en las cacerías con fines comerciales, es decir, son métodos que no privilegian el bienestar de las focas.
- Organización y control de la caza: aunque las cacerías GRM no están en sí mismas supervisadas, la mayoría de los países del área de distribución que practican cacerías de focas a pequeña escala las controlan mediante un sistema de licencias.
- Utilización de productos derivados de la caza: normalmente, las focas matadas en el contexto de la caza GRM se utilizan privadamente o se venden en la comunidad local.

B. PRIMERO-BIS. Relación entre la distinción GRM y el objetivo del régimen de la UE para las focas

Después de hacer la descripción sobre las cacerías GRM, el GE confirmó que éstas “se caracterizan por el hecho de que tienen lugar ocasionalmente y a pequeña escala, principalmente para la gestión sostenible de los recursos marinos, y en especial mediante el control de las focas nocivas y el sacrificio selectivo de focas”. Asimismo, el GE señaló:

7.337 Las pruebas demuestran que las cacerías GRM, aunque tienen lugar a una escala mucho menor que la de las cacerías con fines comerciales, también plantean preocupaciones relativas al bienestar de las focas que son propias de la caza de focas en general. Aunque hay pocas pruebas de las consecuencias para el bienestar de los animales de la caza de focas en países que practican cacerías a pequeña escala, como Suecia y Finlandia⁴², las pruebas presentadas al GE parecen indicar que las cacerías de focas que tienen lugar en los Estados miembros de la UE no están sujetas a gravosos requisitos en materia de bienestar animal.

7.338 Por ejemplo, según el informe de COWI correspondiente a 2008, la reglamentación de la caza de focas en Suecia y Finlandia no obliga a los cazadores a aplicar el método de tres pasos de matanza sin crueldad. [...] Por tanto, no hay forma alguna de asegurarse de que las cacerías GRM tengan lugar de conformidad con el objetivo de atender a las preocupaciones de los ciudadanos de la UE por el bienestar de las focas. [...]

7.339 Por último, *no* consideramos que el alcance limitado de las cacerías GRM y el pequeño volumen del posible comercio relacionado con esa excepción son, en cuanto tales, factores pertinentes para nuestra evaluación de si la distinción de que se trata está racionalmente conectada con el objetivo de la medida.⁴³ Encontramos apoyo para esa opinión en la consideración del Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*: el hecho de que sólo una pequeña cantidad de productos se importara en virtud de la excepción MERCOSUR no afectaba a la constatación de que la excepción estaba racionalmente desconectada del objeto de la medida en litigio.⁴⁴

7.340 Por las razones arriba expuestas, constatamos que la distinción GRM no está racionalmente relacionada con el objetivo de atender a las preocupaciones de moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas. Sin embargo, según la Unión Europea, la finalidad de la caza, que distingue a las cacerías GRM de las cacerías con fines comerciales, combinada con su pequeña escala y su carácter ocasional, justifica cualquier riesgo de que en el curso de esas cacerías se inflijan sufrimientos a las focas. A continuación examinaremos si la explicación de la Unión Europea

⁴² La Unión Europea observa que la reglamentación de la caza de focas, incluidos los aspectos relacionados con el bienestar de los animales, es en principio competencia de los Estados miembros de la UE. [nota al pie original]

⁴³ Segunda comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 288; y respuesta de la Unión Europea a la pregunta 122 del GE.

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 229 y 233.

justifica la distinción GRM.

C. SEGUNDO. La cuestión de si la causa o fundamento invocados por la Unión Europea con respecto a la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías GRM son justificables

El GE observó que:

7.343 [...] la caza de focas con fines comerciales se caracteriza, entre otras cosas, por la presión competitiva sobre los cazadores para que maten cuantas focas sea posible en un período de tiempo limitado. En el caso de las cacerías GRM, la motivación del cazador no está principalmente vinculada a la explotación de las focas como recursos naturales; antes bien, tiene por objeto mitigar los daños causados por las focas, y es accesoria a la práctica de otra actividad pesquera. En esa medida, convenimos con los reclamantes en que en las cacerías de focas practicadas con el fin de gestionar los recursos marinos hay una dimensión comercial [por ejemplo, como señaló el propio GE, para sustentar una pesquería en expansión o para impedir la destrucción de artes de pesca, todo lo cual se utiliza en una empresa comercial]. Las pruebas que el GE tiene ante sí también demuestran que en algunos casos los costos asociados a los daños causados por las focas pueden ser significativos.⁴⁵ Por consiguiente, aunque al amparo de la excepción GRM el cazador no puede introducir productos derivados de las focas en el mercado de la UE con fines de lucro, no deja de haber un incentivo económico para que los pescadores o los cazadores de focas practiquen cacerías GRM. Además, la excepción GRM, aunque excluye el beneficio al nivel de la caza, aun así lo permite a un nivel de elaboración más avanzado.

Nuevamente la Unión Europea esgrimió una justificación de carácter moral para justificar a las cacerías GRM. Adujo que “la introducción en el mercado de la UE de productos derivados de las focas procedentes de cacerías GRM está en conformidad con los "criterios de orden moral de la UE", porque el posible sufrimiento de las focas está sobradamente compensado por los beneficios dimanantes para otros animales”⁴⁶. Sin embargo, el GE indicó que las pruebas ofrecidas por la Unión Europea “por lo que respecta a las preocupaciones de orden moral de sus ciudadanos con respecto al bienestar de las focas no demuestran claramente que las preocupaciones de los ciudadanos de la UE varían en función del tipo de caza”⁴⁷.

Por lo tanto, el GE concluyó que la razón invocada por la Unión Europea, basada en la finalidad de las cacerías GRM, combinada con su pequeña escala y su carácter ocasional, no justifica la distinción GRM a falta de una relación racional con el objetivo del régimen de la UE concerniente al bienestar de las focas.⁴⁸ Por estas razones, el GE constató:

7.347 [...] que la Unión Europea no ha establecido que el efecto perjudicial causado por la excepción GRM en los productos derivados de las focas canadienses, frente a los productos nacionales similares de la UE, se debe exclusivamente a una distinción reglamentaria legítima. No obstante, a efectos de exhaustividad, procederemos a examinar el diseño y la aplicación de la distinción reglamentaria entre las cacerías GRM y las cacerías con fines comerciales en el marco del régimen de la UE.

⁴⁵ “Sobre la base de los datos relativos a los daños sufridos en el período 1997-1999, se estimó que los causados a la pesca profesional por focas en Finlandia se cifraron en aproximadamente 1,68 millones de euros. Desde entonces, la población de focas grises se ha duplicado con creces. En el período 2000-2001 los pescadores profesionales fueron compensados con 3,2 millones de euros por los daños sufridos, aunque las reclamaciones presentadas sugieren que los daños globales totalizaban 7,47 millones de euros”. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, Nota al pie 572.

⁴⁶ *Ibidem.*, párrafo 7.345.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Ibidem.* párrafo 7.346.

Observamos que el principio de economía procesal no fue respetado por el GE, el cual “a efectos de exhaustividad” continuó con su análisis. A nuestro parecer, esta actitud “exhaustivista” del GE denota la tensión existente entre estos dos principios jurídicos, y a la vez, también pone de manifiesto el gran poder discrecional del cual gozan los grupos especiales. En todo caso, lo cierto es que consideramos que un análisis exhaustivo realizado por los grupos especiales puede facilitar la eventual labor de revisión efectuada por el Órgano de Apelación.⁴⁹

D. TERCERO. La cuestión de si la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías GRM, tal como se refleja en la excepción GRM del régimen de la UE para las focas, está diseñada y se aplica de manera imparcial

El GE concluyó que la excepción GRM no está diseñada de manera imparcial, y por lo tanto constató:

7.348 [...] la excepción GRM del régimen de la UE para las focas es incompatible con las obligaciones que corresponden a la Unión Europea en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ya que la Unión Europea no ha demostrado que el efecto perjudicial para las importaciones de productos derivados de las focas procedentes del Canadá causado por la excepción GRM en el marco del régimen de la UE se debe exclusivamente a una distinción reglamentaria legítima, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

V. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

En el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC se dispone lo siguiente:

Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinan los productos.

El párrafo 2 del artículo 2 puede analizarse en función de varios elementos diferentes: "objetivo legítimo"; "alcanzar"; "no restringirán el comercio más de lo necesario"; y "teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo". Sobre la base de esos elementos, el Órgano de Apelación ha descrito de la siguiente forma la manera en que un Grupo Especial debe evaluar una alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 2:

[U]n grupo especial debe evaluar lo que trata de alcanzar un Miembro por medio de un reglamento técnico. ... A continuación, el análisis debe pasar a ocuparse de la cuestión de si un

⁴⁹ En muchos casos, el OA no puede pronunciarse respecto de una cuestión apelada por las partes debido a que los informes de los grupos especiales respectivos no contienen suficientes constataciones de hecho que le permitan al OA completar su análisis. Por ejemplo, en el caso *Estados Unidos – EPO*, el OA tuvo que analizar las cuatro alternativas propuestas por el Canadá y México, y concluyó que debido a que no encontró suficientes constataciones fácticas del GE ni suficientes hechos no controvertidos que constarían en el expediente, no podía completar el análisis jurídico en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y determinar si la medida sobre el EPO restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo. Cfr. Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafos 483, 488 y 491. Véase también *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS379/AB/R, 11 de marzo de 2011, párrafos 529 y 530.

objetivo concreto es legítimo ...

En resumen, ... para determinar si un reglamento técnico "restrin[ge] el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es necesario evaluar varios factores. Un grupo especial debería empezar por tomar en consideración varios factores, entre ellos los siguientes: i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión; ii) el grado de restricción del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida. En la mayoría de las ocasiones, debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas ...

El Órgano de Apelación afirmó que todos esos factores constituyen la base para la determinación de lo que ha de considerarse "necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en un caso particular. Teniendo presente este marco jurídico, el Grupo Especial comenzó su examen de la alegación formulada por los reclamantes al amparo del párrafo 2 del artículo 2 con una investigación del objetivo del régimen de la UE para las focas.⁵⁰

1. Identificación del objetivo u objetivos que se persiguen con el régimen de la UE para las focas

El Grupo Especial consideró que la discrepancia entre las partes con respecto al objetivo del régimen de la UE para las focas se reduce, en esencia, a dos cuestiones. En primer lugar, aunque no se discute que el régimen de la UE tiene por objeto atender a las preocupaciones de los ciudadanos por el bienestar de las focas, las partes no están de acuerdo sobre si dichas preocupaciones de los ciudadanos son preocupaciones *de orden moral* para los ciudadanos de la UE. En segundo lugar, las partes también cuestionan que otros intereses que se abordan por medio de las excepciones previstas en la medida (a saber, las excepciones CI y GRM y la excepción relativa a los viajeros) constituyan objetivos del régimen de la UE distintos e independientes del objetivo de atender a las preocupaciones relativas al bienestar de las focas.⁵¹

El GE consideró útil tener en cuenta el sentido y alcance de la expresión "moral pública" según fue examinado en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*. Esto, sin importar que en ese caso dicha expresión fue revisada en el contexto del artículo XIV del Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Ese GE estimó que:

debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de "moral pública" y "orden público" en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores.

El GE en el caso *CE – Productos derivados de las focas*, también tomó en cuenta como contexto las disposiciones sobre excepciones generales establecidas en el GATT de 1994. Así, tomando en consideración al GATT de 1994 y el AGCS, estimó que los Miembros de la OMC tienen “un cierto grado de discrecionalidad al definir el alcance de la expresión "moral pública" con respecto a los diversos valores prevalentes en sus sociedades en un momento dado”. Asimismo, aclaró que las interpretaciones anteriores del concepto de "moral pública", a pesar de que se hicieron en el contexto del examen de disposiciones del

⁵⁰ Cfr. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafos 7.355 y 7.356.

⁵¹ *Ibidem.*, párrafo 7.377.

GATT de 1994 y el AGCS relativas a excepciones generales, consideró que “son igualmente aplicables al identificar un supuesto objetivo de índole moral de un Miembro regulador en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC”.⁵² Por consiguiente, concluyó que:

7.383 [...] la cuestión de determinar si una medida tiene por objeto abordar cuestiones de moral pública relacionadas con una preocupación específica de la sociedad de un Miembro regulador requiere, en nuestra opinión, evaluar dos aspectos: en primer lugar, si la preocupación en cuestión existe de hecho en esa sociedad; y, en segundo lugar, si esa preocupación está comprendida en el alcance de la expresión "moral pública" tal como la "define y aplica" un Miembro regulador "en su territorio, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores".

Para constatar el primer aspecto, el GE comenzó su análisis evaluando el texto del régimen de la Unión Europea para las focas, y dedujo que la Unión Europea al diseñar este régimen “trató de atender a las preocupaciones de los ciudadanos por el bienestar de las focas. Al hacerlo, la Unión Europea también tuvo en cuenta algunos otros intereses (por ejemplo los intereses de las comunidades indígenas, los de la gestión de los recursos marinos y los de los viajeros).”⁵³

Posteriormente el GE procedió a examinar los antecedentes legislativos del régimen de la UE para las focas para evaluar si contribuye a aclarar el objetivo de la medida. De esta forma, los siguientes textos fueron examinados: "Declaración sobre la prohibición de los productos procedentes de las focas en la Unión Europea" de 2006 (Declaración del Parlamento); observaciones sobre la caza de focas hechas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; así como la propuesta de 2008 de la Comisión Europea de un reglamento relativo al comercio de productos derivados de las focas (propuesta de la Comisión).⁵⁴ Así pues, el GE reconoció que esos documentos, que informan respecto del proceso legislativo que dio lugar a la adopción de la medida vigente, se hacen referencias explícitas a las preocupaciones de los ciudadanos por el bienestar de las focas. Dicho lo anterior, el GE constató:

7.396 En nuestra opinión, por lo tanto, las precedentes referencias a las "consideraciones éticas" en la propuesta de la Comisión, en combinación con la referencia a un "debate sobre moralidad pública" en la Recomendación del Consejo de Europa, demuestran que las preocupaciones de los ciudadanos por el bienestar de las focas constituyen una cuestión moral para los ciudadanos de la UE.

El GE también observó que, a efectos de demostrar las preocupaciones de los ciudadanos de la UE también son informativos, aunque en una medida limitada, los resultados de encuestas públicas presentados por la Unión Europea.

Sin embargo, el GE estimó que estas encuestas “no aportan una orientación fáctica suficiente al evaluar los criterios de la moral pública en la Unión Europea” por diversas razones, entre las cuales destacamos que no se pidió en dichas encuestas “la opinión respecto de si es aceptable eximir de la prohibición de la venta de productos derivados de

⁵² *Ibidem.*, párrafos 7.381 y 7.382.

⁵³ *Ibidem.*, párrafo 7.389.

⁵⁴ Por cierto, nos parece importante resaltar que en la propuesta de 2008 de la Comisión se declara lo siguiente: “El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea no prevé una base jurídica específica que le permita legislar en el ámbito de la ética como tal. No obstante, cuando el Tratado confiere competencias a la Comunidad para legislar en determinados ámbitos y se satisfacen las condiciones específicas de esas bases jurídicas, el simple hecho de que el legislador comunitario se base en consideraciones éticas no le impide adoptar medidas legislativas”.

las focas los productos derivados de las focas obtenidos en cacerías realizadas por los inuit y el sacrificio selectivo por motivos de gestión de los recursos”.⁵⁵

A. ¿Un objetivo legítimo o varios objetivos legítimos?

El GE concluyó que, durante la redacción de la medida, la Unión Europea “tuvo en cuenta otros intereses o consideraciones, como las comunidades inuit que se dedican a la caza de focas, las focas que se cazan por motivos de gestión de los recursos marinos, y los productos derivados de las focas introducidos en la Unión Europea para uso personal”. Sin embargo, recordamos que las partes cuestionaron que esos intereses “deban considerarse objetivos distintos del régimen de la UE para las focas, independientes del objetivo de atender a preocupaciones de los ciudadanos relativas al bienestar de las focas”.⁵⁶

Esto pone de relieve la pregunta de si las medidas (por ejemplo, los reglamentos técnicos) pueden perseguir varios objetivos legítimos. El GE puso en la balanza la jurisprudencia de *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, y concluyó que “no hay, en principio, ninguna razón por la que la medida en litigio no pudiera tener múltiples objetivos”. No obstante lo anterior, estimó que el régimen de la UE sólo persigue un objetivo:

7.401. Sin embargo, sobre la base de su texto y sus antecedentes legislativos, así como su estructura y diseño, no estamos convencidos de que el "fin", "objeto" o "meta" del régimen de la UE para las focas fuera proteger los intereses de las CI, la GRM y los viajeros. Sobre la base del texto del régimen de la UE, constatamos que éste consiste en una prohibición, aunque formulada en términos positivos, y en excepciones. Luego, la estructura y diseño de la medida una prohibición con excepciones- establecen que ésta opera como una prohibición de los productos derivados de las focas, salvo que cumplan condiciones específicas previstas en la medida. Los antecedentes legislativos descritos *supra* muestran además, en nuestra opinión, que *el objetivo principal de adoptar un reglamento sobre el comercio de los productos derivados de las focas era atender a preocupaciones de los ciudadanos relativas al bienestar de las focas*. En concreto, hemos observado en determinadas pruebas relativas a los antecedentes legislativos de la medida referencias al hecho de que los intereses de las comunidades inuit e indígenas que se dedican a la caza de las focas debían protegerse de una posible reglamentación del comercio de los productos derivados de las focas. [el énfasis es nuestro]

Así concluyó la primera etapa del análisis realizado por el GE, es decir, la constatación de la existencia de preocupaciones de los ciudadanos de la UE por el bienestar de las focas. Acto seguido, el GE procedió con la segunda etapa de su análisis, a saber, si las preocupaciones en cuestión están comprendidas en el ámbito de la "moral pública" en la Unión Europea. A este respecto, el GE sentenció:

7.404 ...dado que hemos determinado que los intereses de las CI y la GRM no constituyen objetivos del régimen de la UE, estimamos innecesario determinar si esos intereses son, como alega la Unión Europea, "articulaciones del mismo criterio de moralidad" que rige las preocupaciones de los ciudadanos por el bienestar de las focas. Por lo tanto, nuestro cometido se circunscribe a evaluar si las preocupaciones de los ciudadanos por el bienestar de las focas están arraigadas en la moralidad de las sociedades europeas.”

Sobre este punto, el GE dejó constancia de los resultados de su análisis en los párrafos que se transcriben a continuación:

⁵⁵ Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, nota al pie 653 y párrafo 7.398.

⁵⁶ *Ibidem.*, párrafo 7.399.

7.409 Consideradas conjuntamente, las pruebas presentadas por la Unión Europea ejemplifican, a nuestro juicio, "normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de [la Unión Europea]" con respecto al bienestar de las focas. Al alcanzar esta conclusión, *observamos que determinar el contenido y alcance exactos de la moralidad en una sociedad dada puede no ser una tarea fácil*. Tenemos presente que, como declaró el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta [el] concepto[] de "moral pública" en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores. Aunque no en todas las pruebas que se nos han presentado se establece una vinculación explícita entre el bienestar de las focas o el bienestar animal y la moral de los ciudadanos de la UE, *estamos convencidos de que las pruebas en conjunto demuestran suficientemente que el bienestar de los animales es una cuestión de naturaleza ética o moral en la Unión Europea*. Doctrinas y medidas internacionales de naturaleza similar de otros Miembros de la OMC, aunque no necesariamente pertinentes al identificar el objetivo elegido por la Unión Europea, demuestran que *el bienestar de los animales es una cuestión de responsabilidad ética para los seres humanos en general*. [el énfasis es nuestro]

7.410 En resumen, sobre la base de nuestro examen del texto y los antecedentes legislativos del régimen de la UE para las focas, así como de otras pruebas relativas a su diseño, estructura y funcionamiento, concluimos que el objetivo del régimen de la UE es "atender a las preocupaciones de orden moral de los ciudadanos de la UE con respecto al bienestar de las focas". En concreto, esas preocupaciones tienen dos aspectos, como ha alegado la Unión Europea: a) "la incidencia de matanza cruel de focas"; y b) "la participación individual y colectiva [de los ciudadanos de la UE] como consumidores y su exposición a ('complicidad en') la actividad económica que sostiene el mercado de" productos derivados de las focas obtenidos en cacerías crueles. Además, a la luz de las pruebas que tenemos ante nosotros, observamos que las preocupaciones de los ciudadanos de la UE por el bienestar de las focas parecen guardar relación con las cacerías de focas en general, y no con un tipo concreto de cacerías de focas. Por lo tanto, el segundo aspecto del objetivo del régimen de la UE corresponde a los productos derivados de las focas obtenidos en cacerías crueles, en lugar de a los "productos derivados de las focas obtenidos en cacerías con fines comerciales", como sostiene la Unión Europea.

7.411 A este respecto, observamos que contribuir al bienestar de las focas reduciendo el número de focas matadas de manera cruel -lo que, según alega la Unión Europea, puede constituir el segundo objetivo de la medida- guarda una estrecha vinculación con el primer aspecto de las preocupaciones de moral pública de los ciudadanos, a saber, las preocupaciones de orden moral relativas a "la incidencia de la matanza cruel de focas". Por lo tanto, lo consideraremos un aspecto de dichas preocupaciones de orden moral, en lugar de un segundo y distinto objetivo de la medida.

2. Legitimidad del objetivo identificado

El GE procedió a examinar la cuestión de si el objetivo identificado del régimen de la UE para las focas, es decir, "atender a preocupaciones de moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas", es legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Observó que la "moral pública" no está incluido en la lista no exhaustiva de ejemplos de objetivos legítimos del párrafo 2 del artículo 2. Los considerandos sexto y séptimo del preámbulo del Acuerdo OTC también reconocen algunos objetivos legítimos, sin embargo, la "moral pública" tampoco está, literalmente, ahí.

Por lo tanto, el GE recordó las consideraciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)* respecto de que los siguientes factores serían pertinentes al evaluar la legitimidad de un objetivo no enumerado en el Acuerdo OTC:

- a) los objetivos previstos en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC;

- b) los objetivos enumerados en los considerandos sexto y séptimo del preámbulo del Acuerdo OTC; y
- c) los objetivos reconocidos en otras disposiciones de los acuerdos abarcados.⁵⁷

Respecto a los objetivos de política pública que aparecen en la constelación de acuerdos OMC, destacó que:

7.418 [...] el objetivo de proteger la moral pública se reconoce tanto en el artículo XX del GATT de 1994 como en el artículo XIV del AGCS. [...] Por ello, y considerándolo conjuntamente con el objetivo del Acuerdo OTC de promover la realización de los objetivos del GATT de 1994, citado en el considerando 2) de su preámbulo, [el GE concluyó] que la "moral pública" está comprendida entre los objetivos "legítimos" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.⁵⁸

Ahora bien, reconocer que la moral pública es un objetivo legítimo del Acuerdo OTC no significó automáticamente que el objetivo de la Unión Europea quedó categorizado como tal. Así, el GE debió realizar una operación lógica adicional:

7.419 Como se ha expuesto *supra*, el concepto de moral pública es un concepto relativo que es necesario definir sobre la base del criterio de lo bueno y lo malo en una sociedad dada. Dado que la Unión Europea ha establecido que las preocupaciones de los ciudadanos de la UE relativas al bienestar de los animales entrañan la existencia de criterios de lo bueno y lo malo en la Unión Europea como comunidad, consideramos que atender a las preocupaciones de moral pública relativas al bienestar de las focas, que es lo que se ha identificado como el objetivo de la medida en litigio, es "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.420 No es necesario que determinemos si [las medidas nacionales e internacionales aludidas por la Unión Europea] acreditan, como tales, la existencia de una norma social mundial ("un valor universal", según la Unión Europea) sobre el bienestar de los animales en general o el de las focas en particular. *No obstante, esas diversas medidas relativas al bienestar de los animales adoptadas tanto a nivel internacional como a nivel nacional dan a entender, a nuestro juicio, que el bienestar de los animales es una cuestión reconocida mundialmente.* Ello refuerza la conclusión que hemos alcanzado *supra* de que el objetivo de atender a las preocupaciones en materia de moral pública relativas al bienestar de las focas está comprendido entre los objetivos legítimos en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁵⁹ [el énfasis es nuestro]

3. La cuestión de si el régimen de la Unión Europea para las focas restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo

El GE recordó que un examen de las obligaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 2 requiere un análisis relacional de todos los siguientes elementos:

- a) el grado de restricción del comercio del régimen de la UE para las focas;
- b) el grado en que la medida contribuye al objetivo identificado; y
- c) la existencia de medidas alternativas.

A. La cuestión de si el régimen de la Unión Europea para las focas restringe el comercio

Sobre este particular, el GE sentenció:

7.426 Dada la amplitud del alcance de la expresión "restricción del comercio", creemos que el

⁵⁷ *Ibidem.*, párrafos 7.415 - 7.416.

⁵⁸ *Ibidem.*, párrafo 7.418.

⁵⁹ *Ibidem.*, párrafos 7.419 y 7.420.

régimen de la UE para las focas, considerado en su totalidad, restringe el comercio porque "tiene un efecto limitador en el comercio" al prohibir que determinados productos derivados de las focas, incluidos los importados del Canadá y Noruega, tengan acceso al mercado de la UE. La propia Unión Europea reconoce que la medida "tiene por objeto restringir mucho el comercio".

7.427 [...] La evaluación correcta del funcionamiento del régimen de la UE para las focas como reglamento técnico, incluido su grado de restricción del comercio, se basa, por lo tanto, en un examen del régimen en su conjunto.

B. Grado en que el régimen de la Unión Europea para las focas alcanza el objetivo identificado

Esta etapa del análisis comenzó con una alusión directa a las enseñanzas del Órgano de Apelación dimanantes del *Estados Unidos – Atún II (México)*. Sobre esta base, el GE concluyó que lo que debía evaluar es “el grado de la contribución efectiva que hace el régimen de la UE al logro de su objetivo declarado”:

7.443 El objetivo del régimen de la UE para las focas es atender a preocupaciones de moral pública relativas al bienestar de las focas con respecto a dos aspectos: en primer lugar, la participación de los ciudadanos de la UE como consumidores de productos obtenidos de focas a que se ha matado de manera cruel y su exposición a dichos productos; y, en segundo lugar, el número total de focas a que se mata de manera cruel. Evaluamos sucesivamente el grado de la contribución efectiva de la medida a estos dos aspectos. Después haremos una evaluación global de la contribución de la medida al objetivo en su conjunto.

El GE estimó que “el grado en que la medida logra efectivamente el primer aspecto del objetivo debe medirse evaluando si la medida garantiza que los ciudadanos de la UE no participen como consumidores de productos obtenidos de focas a que se ha matado de manera cruel, sea cual sea el tipo de caza”, y concluyó:

7.448 En general, constatamos que, sobre la base de su diseño y funcionamiento previsto, la prohibición establecida por el régimen de la UE para las focas puede hacer una contribución para evitar que los ciudadanos de la UE se vean expuestos en el mercado de la UE a productos que pueden haberse obtenido de focas a que se ha matado de manera cruel en cacerías realizadas en el Canadá o Noruega. Sin embargo, las excepciones CI y GRM previstas en el régimen de la UE reducen el grado de la contribución efectiva que hace la prohibición, ya que los consumidores se ven expuestos a productos derivados de las focas que están permitidos en el mercado de la UE en virtud de esas excepciones CI y GRM, los cuales pueden haberse obtenido de focas a que se ha matado de manera cruel en cacerías CI o GRM.

7.447 [...] Además, observamos que los productos permitidos de conformidad con las excepciones CI y GRM no están sujetos a ningún mecanismo o sistema de etiquetado por el que pueda informarse a los consumidores de la presencia de productos derivados de las focas en el mercado de la UE en general y de si un determinado producto contiene foca. Ello indica que los consumidores de la UE están expuestos a productos derivados de las focas, y pueden estar comprándolos, sin saber que esos productos pueden derivarse de focas a que se ha matado de manera cruel.

Respecto al segundo aspecto del objetivo (es decir, el número de focas que se mata de manera cruel), el GE examinó en primer orden, el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto por la medida. Observó que un efecto directo de la "prohibición" establecida por la medida es la reducción de la demanda de productos derivados de las focas en la Unión

Europea. Desde 2007, año en que la medida comenzó a ser preparada y discutida, el volumen del comercio de productos derivados de las focas ha disminuido sustancialmente. Igualmente, el precio de mercado de la piel en bruto ha caído hasta menos de la mitad. Sin embargo, el GE recordó que “los productos derivados de las focas que pueden acogerse a las excepciones CI y GRM están permitidos en el mercado de la UE con independencia de cuáles sean las consecuencias de tales cacerías para el bienestar de los animales. En la medida en que ello es así, las excepciones reducirían también el grado de la contribución que hace la prohibición a reducir la demanda mundial de productos derivados de las focas en la Unión Europea y, por consiguiente, el número de focas a que se puede matar de manera cruel en esas cacerías”.

Asimismo, el GE también enfatizó que las pruebas demostraban que “Europa es el principal importador de productos en bruto y exportador de productos manufacturados” de pieles de focas.⁶⁰ En este orden de ideas, el GE al examinar el funcionamiento efectivo de la medida, también se refirió a estadísticas sobre el comercio de los productos derivados de las focas, las cuales dejamos a disposición del lector a continuación:⁶¹

Importaciones en la UE de pieles de foca curtidas/adobadas procedentes del Canadá y Noruega⁶²

Volumen de unidades y valor (miles de euros)

	Canadá		Noruega	
	Unidades	Valor (€)	Unidades	Valor (€)
2002	20.016	689 €	23.753	1.627 €
2003	11.594	455 €	10.996	400 €
2004	6.169	347 €	8.156	319 €
2005	5.964	396 €	9.046	300 €
2006	6.609	415 €	3.226	175 €
2007	551	44 €	5.437	448 €
2008	25.892	464 €	2.811	213 €
2009	549	48 €	3.225	234 €
2010	10	1 €	81	26 €
2011	5	1 €	36	2 €

El GE también ofreció un cuadro con estadísticas relacionadas con el número efectivo de focas cazadas en los principales países cazadores de focas, y señaló que “los datos de que se dispone muestran una cierta reducción en los últimos años, aunque también reflejan algunas fluctuaciones”:

Número de focas cazadas⁶³

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Canadá	365.971	329.829	354.400	224.745	217.850	76.668	69.101	40.393	-
Noruega	14.800	18.000	17.000	14.000	1.263	8.035	4.652	10.334	5.593
Groenlandia	157.697	191.605	188.939	160.493	156.874	142.384	-	-	-
Namibia	59.500	65.000	83.047	34.728	47.603	41.145	67.799	-	-
Rusia	-	22.474	7.107	5.476	-	-	-	-	-
UE	523	594	100	-	-	-	-	-	842

⁶⁰ *Ibidem.*, párrafos 7.450, 7.451 y 7.454.

⁶¹ Respecto a estas estadísticas el GE señaló: “hacemos la observación general de que los datos facilitados por las partes son incompletos en lo que respecta a los tipos de productos y a los países de importación/exportación. Por lo tanto, no estamos en condiciones de extraer ninguna conclusión concreta sobre la base de los datos de que disponemos. No obstante, los datos reflejan una tendencia general a una disminución significativa de las importaciones en el mercado de la UE de productos derivados de las focas procedentes de los demandantes en los últimos años, como se muestra en el siguiente cuadro.” *Ibidem.*, párrafo 7.456.

⁶² “Datos procedentes de las Pruebas documentales EU-88 y EU-143B correspondientes a las pieles de foca curtidas/adobadas, no ensambladas (línea arancelaria 43021949). En los cuadros se señala “cuando se dispone de datos” en caso de las unidades (pero no en el caso de los datos sobre valor y tonelaje), lo que indica la posibilidad de que esos datos sean inseguros o incompletos.” *Ibidem.*, nota al pie 732 (transcripción íntegra).

⁶³ Las notas al pie contenidas en este cuadro han sido eliminadas deliberadamente por el autor de este comentario.

Así las cosas, en relación con el segundo aspecto del objetivo, el GE señaló que “sobre la base del diseño, estructura y funcionamiento previsto de la prohibición establecida por la medida, podía constatar que ésta hace “una contribución a la reducción de la demanda de productos derivados de las focas en la Unión Europea y, en cierta medida, a la reducción de la demanda mundial”. Por lo tanto, respecto a la totalidad de objetivos perseguidos por una medida europea, remató:

7.460 En conclusión, constatamos que el régimen de la UE para las focas puede contribuir y contribuye en cierta medida a su objetivo declarado de atender a las preocupaciones de moral pública. El régimen, por medio de su aspecto prohibitivo, impide, en cierta medida, que los ciudadanos de la UE se vean expuestos a actividades comerciales relacionadas con los productos obtenidos de focas a que se puede haber matado de manera cruel, o que participen en ellas como consumidores. También parece repercutir negativamente en la demanda de productos derivados de las focas en la Unión Europea a nivel mundial. Al mismo tiempo, observamos que las excepciones CI y GRM previstas en la medida tienen el efecto de disminuir el grado de la contribución efectiva de la medida a ambos aspectos de su objetivo. Además, constatamos que la capacidad del régimen de la UE para alcanzar su objetivo de atender a las preocupaciones de moral pública de la UE también resulta afectada negativamente por el hecho de que se permiten otras actividades comerciales, como el perfeccionamiento activo de productos derivados de las focas, sin tener en cuenta el bienestar de las focas de las que se obtienen esos productos. También observamos que la excepción relativa a los viajeros, aunque de alcance limitado, no contribuye al logro del objetivo de atender a las preocupaciones de moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas.

7.461 Proseguimos nuestro examen evaluando si existe alguna medida alternativa menos restrictiva del comercio que pueda hacer una contribución equivalente o superior al objetivo del régimen de la UE, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

C. Riesgos que crearía no alcanzar el objetivo

De acuerdo a la Unión Europea, no alcanzar el objetivo crearía el riesgo de una situación insatisfactoria desde el punto de vista del bienestar de los animales, así como el de una participación de la comunidad europea en cacerías de focas que ofenden a la moral y su exposición a los productos derivados de tales cacerías.⁶⁴

D. La cuestión de si existe una medida que este razonablemente al alcance, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo

Para analizar este punto, el GE utilizó la jurisprudencia más reciente emanada del *Estados Unidos – Atún II (México)*⁶⁵ y señaló que el Órgano de Apelación ha interpretado que la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC sugiere que la existencia de un “obstáculo innecesario al comercio internacional” se puede establecer mediante una comparación con posibles medidas alternativas, como “herramienta conceptual para comprobar si una medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario”.⁶⁶

¿Cuáles son las consideraciones adecuadas para esa comparación? Con arreglo a las orientaciones confirmadas por el Órgano de Apelación en el *Estados Unidos – Atún II (México)* acerca de cuáles son las consideraciones pertinentes para esa comparación, el GE estableció que su orden de análisis procedería de la siguiente manera:

⁶⁴ Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.472

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 320 y 322.

⁶⁶ Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.461 Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.

- a. Identificación de una o varias medidas alternativas
- b. Grado de restricción del comercio de la medida alternativa
- c. Grado de contribución de la medida alternativa al objetivo del régimen de la Unión Europea para las focas
- d. La cuestión de si la medida alternativa está razonablemente al alcance

Al terminar el análisis de cada uno de estos elementos el GE procedió a realizar una evaluación global. A efectos de este trabajo, nos concentraremos en las constataciones realizadas en el transcurso de su evaluación global.

Antes de hacer esto, mencionamos que la medida alternativa propuesta por el Canadá y Noruega supeditaría el acceso a los mercados para los productos derivados de las focas al cumplimiento de normas sobre el bienestar de los animales en combinación con prescripciones en materia de certificación y etiquetado. La alternativa propuesta consta de tres componentes relacionados: 1) el establecimiento de prescripciones sobre el bienestar de los animales en la caza de focas; 2) la certificación de la conformidad con las prescripciones sobre bienestar animal; y 3) el etiquetado de los productos derivados de las focas para mostrar que se ha certificado el cumplimiento de las prescripciones sobre bienestar animal.⁶⁷

a. Evaluación global de la existencia de una medida alternativa que esté razonablemente al alcance, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo

Después de analizar las cuatro consideraciones pertinentes enlistadas *supra*, para la comparación de una medida alternativa *vis-à-vis* el régimen de la Unión Europea para las focas, el GE concluyó:

7.502 [...] la medida alternativa propuesta por los reclamantes parece abarcar una gama de regímenes posibles de diverso rigor y laxitud en lo que respecta a las prescripciones sobre bienestar animal y la exactitud de la certificación. Por un lado, los regímenes más estrictos y exactos parecerían dar lugar precisamente a los "costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes" que pueden impedir que se considere que la medida alternativa está razonablemente al alcance. Por otro lado, en el caso de los regímenes más laxos se pondría en cuestión el grado en que la medida alternativa puede contribuir al bienestar de las focas. Además, al restablecer oportunidades de mercado en la Unión Europea [las cuales serían aprovechadas principalmente por el Canadá y Noruega], una medida alternativa comprendida en esa gama de regímenes puede dar lugar a un aumento del número de focas cazadas, con los riesgos que ello comporta para el bienestar de las focas. Ello puede socavar el objetivo del régimen de la UE de reducir el número total de focas matadas de manera cruel. Recordamos, a este respecto, que, según la orientación dada por el Órgano de Apelación, no se puede considerar que un Miembro demandado tenga razonablemente a su alcance ninguna medida alternativa que signifique que seguirá existiendo el riesgo cuya propagación trata precisamente de detener la medida impugnada.

7.503 Además, la posición de los reclamantes se asienta en la premisa de que en la medida alternativa se podrían ajustar las condiciones del acceso a los mercados a las circunstancias y riesgos que existen en las cacerías de focas. Los reclamantes no han especificado el contenido exacto del régimen (incluido el criterio de bienestar animal y el método de certificación) que establecería la medida alternativa que sugieren. En lugar de ello, ponen de relieve que la medida alternativa se centra directamente en el bienestar de los animales para permitir productos

⁶⁷ *Ibidem.*, párrafo 7.468.

precedentes de cacerías con fines comerciales en las que, según afirman el Canadá y Noruega, se alcanzan niveles superiores de matanza no cruel. Sin embargo, los reclamantes no niegan, y las pruebas de que disponemos lo confirman, que de hecho en las cacerías de focas se dan casos de matanza cruel y malas consecuencias para el bienestar de los animales. En la medida en que ello es así, la medida alternativa no podría atender a las preocupaciones de moral pública de la UE en lo que respecta a su deseo de no participar como consumidores en productos obtenidos en cacerías de focas en general, y la reapertura del mercado de la UE podría estimular la demanda mundial, incentivando la matanza de más focas. Aunque la contribución del régimen de la UE al logro de su objetivo resulta reducida por las excepciones implícitas y explícitas de la medida, los reclamantes no han definido claramente una medida alternativa en lo que respecta a los distintos componentes de dicha medida y su capacidad de abordar, conjuntamente, las preocupaciones de orden moral de los ciudadanos de la UE.

7.504 En vista de las pruebas de los riesgos y dificultades de la caza de focas, y como consecuencia de la evaluación realizada supra de la medida propuesta en lo que concierne a su nivel de contribución al objetivo pertinente, concluimos que, aunque la medida alternativa propuesta puede considerarse menos restrictiva del comercio, no está razonablemente al alcance, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. [énfasis añadido]

4. Conclusión

Por todo lo antes expuesto, el GE llegó a la siguiente conclusión respecto de la cuestión de si “el régimen de la Unión Europea para las focas restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo”:

7.505 A la luz de lo anterior, concluimos que el régimen de la UE para las focas no restringe el comercio más de lo necesario en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Se ha constatado que el régimen de la UE puede contribuir, y contribuye, al objetivo de atender a las preocupaciones de los ciudadanos de la UE relativas al bienestar de las focas. Hemos constatado también que la medida alternativa propuesta por los reclamantes, que puede considerarse menos restrictiva del comercio que el régimen de la UE para las focas, no está razonablemente al alcance de la Unión Europea, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo de ésta.

VI. Artículo 5 del Acuerdo OTC

Después de constatar que el régimen de la Unión Europea para las focas es un “procedimiento de evaluación de la conformidad” en el sentido del Anexo 1 del Acuerdo OTC, el GE canalizó sus energías para determinar si este procedimiento de evaluación de la conformidad crea obstáculos innecesarios al comercio internacional. Es de destacar que esta es la primera vez que se analiza casuísticamente el contenido del artículo 5.⁶⁸

1. Párrafo 1.2 del artículo 5: la cuestión de si el procedimiento de evaluación de la conformidad crea obstáculos innecesarios al comercio internacional

El artículo 5 intitulado “Procedimientos de evaluación de la conformidad aplicados por las instituciones del gobierno central”, establece en su párrafo 1.2 lo siguiente:

5.1 En los casos en que se exija una declaración positiva de conformidad con los reglamentos técnicos o las normas, los Miembros se asegurarán de que las instituciones de su gobierno central

⁶⁸ Aunque antes de este caso no existía jurisprudencia sobre este artículo, sí existen trabajos en el seno de la OMC y de su Comité OTC, los cuales son relevantes. Véase WTO Analytical Index, Agreement on Technical Barriers to Trade, *Interpretation and Application of Article 5. Related TBT Committee decisions and recommendations* disponible en: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/tbt_01_e.htm#article5B

apliquen a los productos originarios de los territorios de otros Miembros las disposiciones siguientes:

...

5.1.2 No se elaborarán, adoptarán o aplicarán procedimientos de evaluación de la conformidad que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. Ello significa, entre otras cosas, que los procedimientos de evaluación de la conformidad no serán más estrictos ni se aplicarán de forma más rigurosa de lo necesario para dar al Miembro importador la debida seguridad de que los productos están en conformidad con los reglamentos técnicos o las normas aplicables, habida cuenta de los riesgos que provocaría el hecho de que no estuvieran en conformidad con ellos.

A. La cuestión de si el procedimiento de evaluación de la conformidad crea un obstáculo innecesario al comercio al no asegurar la existencia de un organismo que lo lleve a cabo

En este apartado abordamos el análisis relacionado con la primera frase del párrafo 1.2 del artículo 5. Al respecto, el GE dijo que debía examinar los siguientes puntos de divergencia entre las partes: en primer lugar, si el párrafo 1.2 del artículo 5 permite que un procedimiento de evaluación de la conformidad exija la acreditación y evaluación de la conformidad por terceros sin crear o designar un organismo independiente predeterminado para la aprobación por terceros; y, en segundo lugar, si un procedimiento de evaluación de la conformidad debe permitir que haya comercio de productos conformes desde la fecha de entrada en vigor de una determinada medida.⁶⁹ Respecto del primer punto, afirmó que:

7.524 Por lo tanto, sobre la base de nuestro examen del texto del párrafo 1.2 del artículo 5, así como del contexto pertinente que ofrecen otras disposiciones del Acuerdo OTC, consideramos que el párrafo 1.2 del artículo 5 permite un sistema de acreditación por terceros como parte de un procedimiento de evaluación de la conformidad. En consecuencia, consideramos que el sistema de acreditación por terceros previsto en el régimen de la UE para las focas (el procedimiento de evaluación de la conformidad) no infringe el párrafo 1.2 del artículo 5. Tampoco inferimos del texto y el contexto pertinentes del párrafo 1.2 del artículo 5 que el Miembro demandado tenga la obligación de crear o designar un organismo predeterminado mientras está pendiente la acreditación o el reconocimiento de terceros que lleven a cabo un procedimiento de evaluación de la conformidad.

Respecto al segundo punto, el GE reformuló el tema a tratar señalando que “la cuestión es si el hecho de que no se haya establecido un mecanismo a través del cual pueda haber comercio de productos regulados desde la fecha de entrada en vigor de un procedimiento de evaluación de la conformidad da lugar a una infracción de la obligación prevista en el párrafo 1.2 del artículo 5”,⁷⁰ y al respecto concluyó:

7.527 En consecuencia, en la fecha de entrada en vigor del régimen de la UE para las focas no era posible realizar exámenes ni trámites respecto de los productos derivados de las focas con arreglo al procedimiento de evaluación de la conformidad necesario. Aunque terceros organismos podían solicitar la condición de organismo reconocido de conformidad con el régimen de la UE para las focas desde su entrada en vigor, el procedimiento de evaluación de la conformidad concreto establecido por el Reglamento de aplicación imponía el tiempo adicional necesario para examinar y aprobar a esos organismos según criterios específicos. Debido a este período de examen requerido para cada solicitud de inclusión en la lista de organismos reconocidos, el comercio de productos derivados de las focas que satisfacían los criterios no fue posible en la práctica durante

⁶⁹ Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.521.

⁷⁰ *Ibidem.*, párrafo 7.525.

un cierto período después de la entrada en vigor del régimen de la UE para las focas.

7.528 Por lo tanto, los hechos y las circunstancias particulares descritos supra muestran que la medida en cuestión se estableció de manera que el procedimiento de evaluación de la conformidad no permitía que hubiera comercio de productos conformes en la fecha de su entrada en vigor. Habida cuenta de ello, concluimos que el procedimiento de evaluación de la conformidad tuvo por efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional, lo que es incompatible con la primera frase del párrafo 1.2 del artículo 5.

B. La cuestión de si el procedimiento de evaluación de la conformidad crea un obstáculo innecesario al comercio porque es “más estricto [o] se aplica [] de forma más rigurosa de lo necesario para dar al miembro importador la debida seguridad” de conformidad

En este apartado abordamos el análisis relacionado con la segunda frase del párrafo 1.2 del artículo 5. Al respecto, el GE señaló:

7.539 Habida cuenta de las similitudes con la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en lo relativo a su texto y estructura, el GE considera, y las partes no lo discuten, que la prescripción establecida en la segunda frase del párrafo 1.2 del artículo 5 exige un análisis de la relación similar al aplicado en el párrafo 2 del artículo 2, es decir, sopesar y confrontar el grado de restricción del comercio de una medida, el grado de su contribución al logro de un objetivo y las posibles medidas alternativas menos restrictivas del comercio. Sin embargo, en el contexto de una alegación presentada al amparo del párrafo 1.2 del artículo 5, el análisis se refiere al logro de un único objetivo: asegurarse positivamente de que se cumplen las prescripciones pertinentes del reglamento técnico.

7.541 En cuanto a la contribución del procedimiento de evaluación de la conformidad a la garantía de la conformidad, recordamos que las categorías de productos derivados de las focas permitidas en el mercado de la UE se tratan en el artículo 3 del Reglamento de base y en los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento de aplicación. Con respecto a los productos derivados de las focas que pueden acogerse a esas excepciones, observamos en principio que el procedimiento de evaluación de la conformidad abarca la evaluación de productos procedentes de actividades realizadas fuera de la Unión Europea y en lugares alejados de ella.

7.543 En relación con lo anterior, observamos que la función primaria de los organismos reconocidos con arreglo al procedimiento de evaluación de la conformidad se refiere a la inspección y la certificación de la conformidad con las prescripciones CI y GRM. Habida cuenta de la función particular de los organismos reconocidos, consideramos que el procedimiento de evaluación de la conformidad del régimen de la UE para las focas contribuye a la garantía de la conformidad con las prescripciones pertinentes de dicho régimen mediante sus disposiciones acerca de la capacidad e imparcialidad de las entidades solicitantes.

Acto seguido, el GE procedió a examinar las medidas alternativas (es decir, los procedimientos de evaluación de la conformidad) menos restrictivas del comercio que estén razonablemente al alcance. Debido a que los reclamantes tienen la carga procesal probatoria en este respecto, el Canadá propuso “una declaración de conformidad del proveedor”, mientras que Noruega propuso “la designación de un organismo reconocido cuando no haya terceros reconocidos que cumplan esa función”. El GE recordó que “en la comparación con un posible procedimiento de evaluación de la conformidad alternativo en el marco del párrafo 1.2 del artículo 5 se debe examinar si el procedimiento alternativo es

menos restrictivo del comercio que el procedimiento en cuestión y si ofrecería un grado equivalente de garantía de la conformidad”. Después de realizar el análisis las propuestas de medidas alternativas de los reclamantes, constató lo siguiente:

7.547 En conclusión, consideramos que ni el Canadá ni Noruega han establecido que un procedimiento de evaluación de la conformidad alternativo haría una contribución a la garantía de la conformidad del mismo nivel que la del procedimiento vigente. *Por lo tanto, rechazamos la alegación de los reclamantes de que el procedimiento de evaluación de la conformidad previsto en el régimen de la UE para las focas es más estricto o se aplica de forma más rigurosa de lo necesario para dar la debida seguridad de conformidad con los reglamentos técnicos aplicables en el sentido de la segunda frase del párrafo 1.2 del artículo 5.* [énfasis añadido]

2. Párrafo 2.1 del artículo 5: la cuestión de si el régimen de la Unión Europea para las focas “se inici[a] y ultim[a] con la mayor rapidez posible”

El párrafo 2.1 del artículo 5 establece lo siguiente:

5.2 Al aplicar las disposiciones del párrafo 1, los Miembros se asegurarán de que:

5.2.1 Los procedimientos de evaluación de la conformidad *se inicien y ultimen con la mayor rapidez posible* y en un orden no menos favorable para los productos originarios de los territorios de otros Miembros que para los productos nacionales similares; [sin cursivas en el original]

En el GE consideró que para evaluar la alegación formulada por los reclamantes al amparo del párrafo 2.1 del artículo 5, era necesario examinar el sentido de la frase “se inicien y ultimen con la mayor rapidez posible”, y señaló:

7.559 A nuestro juicio, la cláusula introductoria del párrafo 2 del artículo 5 establece que las obligaciones detalladas previstas en los apartados se circunscriben a la *aplicación* de las obligaciones más generales establecidas en el párrafo 1 de dicho artículo. Mientras que el párrafo 1.2 del artículo 5 abarca todo el proceso de “elaboración, adopción o aplicación” de un procedimiento de evaluación de la conformidad, el párrafo 2.1 del artículo 5 se aplica únicamente a la etapa de aplicación de ese proceso. Esto quiere decir que las obligaciones del párrafo 2 del artículo 5 no se refieren al mismo momento que las del párrafo 1 del artículo 5, sino que se limitan a la aplicación de un procedimiento de evaluación de la conformidad.

El GE también observó que el Acuerdo MSF contiene una obligación similar a la que figura en el párrafo 2.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC, y al respecto señaló:

7.560 Habida cuenta de la similitud del texto, coincidimos con las partes en que existen ciertos paralelismos entre los términos y el alcance del párrafo 2.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC y los del párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF. Ambas disposiciones se refieren a los procedimientos adoptados para asegurar el cumplimiento de las prescripciones concretas establecidas en una medida comprendida en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC o el Acuerdo MSF, respectivamente.

A pesar de esta y otras coincidencias o “paralelismos” entre el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF observadas por el GE, dejamos constancia de la diferencia entre los conceptos utilizados por ambos acuerdos. Por un lado, el Acuerdo OTC requiere que “se inicien y se ultimen *con la mayor rapidez posible*”, mientras que por otro lado, el Acuerdo MSF requiere que “se inicien y se ultimen *sin demoras indebidas*”. ¿Con la mayor rapidez posible = sin demoras indebidas? El GE, al considerar como aplicable la jurisprudencia bajo el Acuerdo MSF en el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, implícitamente respondió de manera afirmativa.

Retomando el análisis del GE, con respecto a la frase "se inicien y ultimen", como decíamos, el GE recordó las orientaciones del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, y concluyó lo siguiente:

7.563 Sobre la base del texto y el contexto pertinentes del párrafo 2.1 del artículo 5, y de conformidad con la orientación interpretativa de la misma frase que ofrece el Acuerdo MSF, consideramos que la expresión "se inicien y ultimen" que figura en el párrafo 2.1 del artículo 5 afecta a la aplicación de un procedimiento de evaluación de la conformidad desde el momento en que se recibe una solicitud de reconocimiento y hasta que se completa el proceso. En la presente diferencia, la solicitud en cuestión se refiere a la inclusión en la lista de organismos reconocidos de conformidad con el artículo 6 del Reglamento de aplicación. Nuestra interpretación del ámbito temporal de la obligación del párrafo 2.1 del artículo 5 no se ve modificada por el hecho de que la solicitud se refiera a la acreditación para llevar a cabo la evaluación de la conformidad, en lugar de ser una solicitud directa de certificación de la conformidad dirigida a una entidad autorizada existente.

7.566 [...] Si bien el deber previsto en el párrafo 2.1 del artículo 5 de llevar a cabo la evaluación de la conformidad con la mayor rapidez debe aplicarse de modo que no se cree un obstáculo innecesario al comercio, es preciso establecer un equilibrio entre ese deber del Miembro que dicta un reglamento y su necesidad y capacidad práctica de realizar una evaluación de la conformidad adecuada. Por consiguiente, a nuestro juicio, el párrafo 2.1 del artículo 5 admite el tiempo razonablemente necesario para evaluar la conformidad con las prescripciones técnicas.

Así las cosas, el GE procedió a analizar la frase "con la mayor rapidez posible", es decir, el tema de si el procedimiento de evaluación de la conformidad en cuestión se ha llevado a cabo "con la mayor rapidez posible" en las circunstancias concretas de la presente diferencia. Al examinar este tema, el GE observó que los argumentos de las partes se refieren principalmente a la cuestión de la justificación y atribución de las demoras ocasionadas en el marco del procedimiento:

7.568 En primer lugar, los reclamantes critican el diseño del procedimiento de evaluación de la conformidad porque crea una ausencia, atribuible a la Unión Europea, de un organismo competente para "iniciar y ultimar" el procedimiento requerido. En otras palabras, entendemos que los argumentos de los reclamantes se basan en los mismos fundamentos que los planteados en el contexto de la alegación que han presentado al amparo del párrafo 1.2 del artículo 5, a saber, la falta de un organismo predeterminado (es decir, la existencia de un "vacío institucional"). Recordamos la constatación que hemos formulado *supra* sobre esta cuestión de que el párrafo 1.2 del artículo 5 no impone la obligación de crear o designar un organismo predeterminado mientras está pendiente la acreditación o el reconocimiento de terceros que lleven a cabo el procedimiento de evaluación de la conformidad. Teniendo presente esta constatación, no nos convence la afirmación de los reclamantes de que la falta de un organismo predeterminado en el procedimiento de evaluación de la conformidad da lugar a una infracción del párrafo 2.1 del artículo 5.

Por otro lado, en relación con los argumentos basados en el tiempo que efectivamente le ha llevado a la Unión Europea tramitar las solicitudes de evaluación de la conformidad, el GE estudió las particularidades en la tramitación de las solicitudes procedentes de Suecia y Groenlandia, cuyos gobiernos señalaron respectivamente, a las autoridades administrativas locales que ejercerían las facultades como autoridad de certificación en el marco del artículo 6 del Reglamento de aplicación de la UE. Al respecto, el GE señaló:

7.577 Como observación general basada en las circunstancias fácticas descritas anteriormente,

llevó algún tiempo completar el procedimiento de evaluación de la conformidad con respecto a las solicitudes de Groenlandia y Suecia. En particular, las circunstancias que rodean a la solicitud sueca ponen de manifiesto que hubo una demora de más de un año [específicamente, de 23 meses] entre la recepción de las respuestas de los solicitantes a la carta de deficiencias de la Comisión y la aprobación definitiva por la Comisión. En este caso concreto, el plazo transcurrido, sin justificación suficiente, no parece por lo tanto ajustarse al requisito de "la mayor rapidez posible", en el sentido del párrafo 2.1 del artículo 5.

Después, el GE se refirió al tiempo transcurrido hasta la aprobación de un organismo reconocido con arreglo al procedimiento de evaluación de la conformidad:

7.579 Recordamos en primer lugar la consideración que hemos hecho *supra* en el sentido de que las obligaciones previstas en el párrafo 2.1 del artículo 5 se aplican tras recibir una solicitud. En consecuencia, no consideramos que la fecha de entrada en vigor del régimen de la UE para las focas sea, como han sugerido los reclamantes, el punto de referencia correcto para juzgar el tiempo transcurrido hasta que se inicia y termina el procedimiento de evaluación de la conformidad. Además, a nuestro juicio, es preciso examinar las infracciones del párrafo 2.1 del artículo 5 a la luz de las circunstancias concretas relacionadas con un determinado procedimiento de evaluación de la conformidad. Ello supondría valorar no sólo todo el período de tiempo transcurrido desde la recepción de una solicitud hasta la ultimación del procedimiento de evaluación de la conformidad, sino también el tiempo específico que ha llevado cada etapa del procedimiento (por ejemplo, la correspondencia entre un solicitante y la Comisión) durante la iniciación y ultimación del procedimiento de evaluación de la conformidad. Así podríamos valorar objetivamente si la evaluación de la conformidad de una solicitud determinada se ha realizado o no "con la mayor rapidez posible". Sin embargo, según se ha señalado *supra*, en esta diferencia los reclamantes no han presentado ningún argumento concreto sobre el modo en que el procedimiento de evaluación de la conformidad no se llevó a cabo, en los casos citados, con la mayor rapidez posible en el sentido del párrafo 2.1 del artículo 5.

7.580 Por lo tanto, a pesar de la preocupación que hemos manifestado *supra* con respecto al tiempo transcurrido en la tramitación de las solicitudes suecas, no se nos ha presentado un fundamento suficiente para concluir que el procedimiento de evaluación de la conformidad no se inició y terminó con la mayor rapidez posible en el sentido del párrafo 2.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC.

De los anteriores tres párrafos transcritos podemos derivar dos observaciones. La primera proviene del último párrafo que hemos citado, es decir, de la constatación del GE en la que menciona que los reclamantes no han presentado un fundamento suficiente. En virtud de esto, el GE ha establecido una presunción *iuris tantum* del párrafo 2.1 del artículo 5, es decir, la presunción es que el procedimiento establecido para la evaluación de la conformidad se inició y terminó con la mayor rapidez posible, salvo prueba en contrario. Lo que llama nuestra atención (y esta es nuestra segunda observación) es que el GE no consideró que la demora de aproximadamente 23 meses en la tramitación de las solicitudes suecas, por sí sola, fuera suficiente para concluir que el procedimiento de evaluación de la conformidad *no se inició y terminó con la mayor rapidez posible* en el sentido del párrafo 2.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC. Dejemos una pregunta para provocar la reflexión. ¿Acaso los países en desarrollo podrían tener inclusive un mayor margen de maniobra en virtud de las obligaciones de trato especial y diferenciado contenidas en el mismo Acuerdo OTC?

VII. Alegaciones de no discriminación al amparo del GATT de 1994

1. Relación entre el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC

Este tema ha sido recientemente abordado en la trilogía de casos del Acuerdo OTC.⁷¹ En cada una de esas oportunidades el Órgano de Apelación ofreció orientación sobre la relación entre las obligaciones que imponen esos dos Acuerdos.

La pregunta relevante entonces es: ¿el criterio jurídico con respecto a la obligación de no discriminación que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se aplica de la misma forma a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994? La respuesta es no. Así lo reconoció el GE al señalar:

7.585 [...] el Órgano de Apelación [en la trilogía de casos] aclaró los criterios jurídicos aplicables a las disposiciones sobre no discriminación del GATT de 1994 (el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III) y el Acuerdo OTC (el párrafo 1 del artículo 2): en el marco del GATT de 1994, el criterio de "trato no menos favorable" prohíbe a los Miembros de la OMC modificar las condiciones de competencia en el mercado en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares, mientras que en el marco del Acuerdo OTC, el criterio de "trato no menos favorable" no prohíbe el efecto perjudicial a las importaciones que se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleje la discriminación del grupo de productos importados. El elemento adicional (es decir, la distinción reglamentaria legítima) que el Órgano de Apelación consideró necesario para completar un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC responde a una observación anterior del Órgano de Apelación relativa a la ausencia en el Acuerdo OTC de una cláusula sobre excepciones generales equivalente al artículo XX del GATT de 1994.

Por lo tanto, el GE procedió a examinar los alegatos de los reclamantes de la siguiente forma:

7.587 Teniendo presentes las consideraciones anteriores, comenzamos nuestro análisis de la cuestión de si determinados aspectos del régimen de la UE para las focas modifican las condiciones de competencia para las importaciones de productos derivados de las focas procedentes del Canadá y Noruega en el mercado de la UE frente a los productos derivados de las focas groenlandesas y nacionales de la UE en el sentido del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III, respectivamente. En caso de que constatemos que es así, procederemos a examinar si la Unión Europea ha demostrado que esos aspectos de su régimen para las focas están no obstante justificados al amparo del artículo XX.

2. Párrafo 1 del artículo I

El artículo I del GATT de 1994 contiene una obligación de Nación Más Favorecida (NMF). De acuerdo al GE, con arreglo a esta disposición, deben concurrir tres elementos para demostrar una incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I:

- i) que exista una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" del tipo abarcado por el párrafo 1 del artículo I;
- ii) que la ventaja no se conceda "inmediata e incondicionalmente"; y
- iii) a todo producto similar originario de todos los demás Miembros de la OMC o a ellos destinado.

Estos elementos ya habían sido analizados por el GE, en el contexto de la revisión de los alegatos planteados por el Canadá al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo

⁷¹ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - EPO*.

OTC, por lo que el GE simplemente hizo un recuento general de dichas constataciones y concluyó que “el diseño, estructura y funcionamiento previsto por el régimen de la UE para las focas tiene un efecto desfavorable en las condiciones de competencia en el mercado para los productos derivados de las focas de origen canadiense y noruego en comparación con los originarios de Groenlandia”.⁷²

El GE también atendió el argumento de Noruega de que las prescripciones CI dan lugar a una discriminación basada en el origen. Observó, entre otras cosas, que “las prescripciones CI permiten la comercialización sobre la base de condiciones relacionadas con las características de las cacerías de focas, no sobre la base de una "lista cerrada" de países”. También tomó nota de que “algunas de las comunidades [indígenas] cuyos productos derivados de las focas podrían acogerse a la excepción no se concentran en un único país”. Teniendo en cuenta esas consideraciones, el GE no estimó que “el régimen de la UE para las focas en sí mismo dé lugar a una discriminación basada en el origen”.⁷³ Sin embargo, la discriminación existe por el efecto perjudicial causado por la medida en las oportunidades competitivas en los productos noruegos y canadienses. He aquí la conclusión del GE:

7.600 [...] consideramos que la medida en litigio no concede "inmediata e incondicionalmente" a las importaciones de los reclamantes la misma ventaja de acceso al mercado de la UE que concede a los productos derivados de las focas originarios de Groenlandia y, por consiguiente, es incompatible con la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

3. *Párrafo 4 del artículo III*

El artículo III del GATT de 1994 contiene una obligación de Trato Nacional. De acuerdo a la jurisprudencia OMC, para evaluar la compatibilidad de una medida con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 se deben examinar tres elementos:

- i) si la medida es una ley, reglamento o prescripción que afecta a la venta, la oferta para la venta, la compra y el uso de productos en el mercado interior;
- ii) si los productos en cuestión son similares; y
- iii) si los productos importados reciben un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares.⁷⁴

Respecto al primer elemento el GE dijo que “el régimen de la Unión Europea para las focas es indudablemente una "ley" o un "reglamento" que afecta a la venta, la oferta para la venta, la compra, la distribución y el uso de productos derivados de las focas en el mercado interior, en el sentido del párrafo 4 del artículo III”. Respecto al segundo elemento, recordó que ya había constatado que los productos en cuestión son efectivamente similares, en el contexto de su análisis del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁷⁵ Con respecto al tercer elemento previsto en el párrafo 4 del artículo III, el GE señaló que:

7.608 [...] la obligación de trato nacional que contiene dicha disposición exige que los productos importados del Canadá y Noruega reciban un trato no menos favorable que el concedido a los productos derivados de las focas nacionales. Sobre la base de las pruebas sometidas al GE, parece que la inmensa mayoría de los productos derivados de las focas procedentes del Canadá y Noruega están excluidos del mercado de la UE en virtud de la excepción GRM.⁷⁶ Las pruebas

⁷² Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.599.

⁷³ *Ibidem.*, párrafos 7.598 – 7.599.

⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 133.

⁷⁵ Cfr. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.606 y 7.607.

⁷⁶ “Por ejemplo, observamos que, aunque las cacerías en Noruega se realizan con arreglo a un plan de gestión de los recursos naturales que emplea modelos científicos de población de los recursos marinos y aplica un enfoque basado en los ecosistemas, los

muestran que, por el contrario, es probable que prácticamente todos los productos derivados de las focas nacionales reúnan las condiciones para ser comercializados en el mercado.

7.609 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, concluimos que la medida en litigio da a los productos derivados de las focas canadienses y noruegos un trato menos favorable que el concedido a los productos derivados de las focas de la UE en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

4. Justificación formulada por la Unión Europea de su régimen para las focas al amparo del artículo XX

A. Introducción

El artículo XX del GATT de 1994 establece lo siguiente:

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

- a) necesarias para proteger la moral pública;
- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales ...

Al respecto, el GE señaló que “en el contexto del GATT de 1994, el objetivo de liberalización del comercio mediante principios como la no discriminación se equilibra con el derecho de los Miembros a reglamentar para alcanzar los objetivos de política enumerados en el artículo XX”. Debido a que la Unión Europea alega que las excepciones CI y GRM se basan en "diferencias reglamentarias" que son "necesarias" para alcanzar los objetivos que invoca la Unión Europea al amparo de los apartados a) y b) del artículo XX, el GE aceptó que su deber era explorar si los argumentos en el marco del artículo XX esgrimidos por la Unión Europea habían sido adecuadamente justificados, demostrando dos elementos:

7.612 [...] en primer lugar, que la medida está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado a) y/o el apartado b) del artículo XX y cumple las prescripciones de dichas disposiciones; y, en segundo lugar, que la medida satisface las prescripciones de la cláusula introductoria del artículo XX.

En todo caso, el GE recordó que el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC “deben interpretarse de forma coherente y armónica”:

7.612 En el marco del Acuerdo OTC, hemos constatado que el régimen de la UE para las focas, como reglamento técnico, contribuye en cierta medida al objetivo de atender a las preocupaciones de moral pública relativas al bienestar de las focas, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. También hemos constatado, en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que las excepciones CI y GRM previstas en el régimen causaron efectos perjudiciales a los productos derivados de las focas canadienses y noruegos, que, según se constató, no se derivaron

productos derivados de las focas noruegos no cumplirían las prescripciones de "carácter no lucrativo", "comercialización no sistemática" y "único objetivo" de la excepción GRM". Extracto de la nota al pie número 939. Respecto al Canadá, "...los productos derivados de las focas canadienses no reunirían las condiciones establecidas en la excepción GRM porque proceden de cacerías de focas que tienen lugar de manera "sistemática" y organizada. Además, la caza de focas es una actividad comercial en el Canadá, y en consecuencia, la caza no reuniría las condiciones establecidas en el requisito de inexistencia de ánimo de lucro. Además, la caza de focas en el Canadá, aunque se basa en principios de sostenibilidad, no se practica conforme a un "enfoque basado en los ecosistemas", como requiere la excepción GRM". Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.165.

exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas. Así pues, todas esas consideraciones formuladas en el marco del Acuerdo OTC son pertinentes para nuestro examen de la alegación presentada por la Unión Europea al amparo del artículo XX del GATT de 1994. Somos conscientes, no obstante, de que las obligaciones que imponen esos dos Acuerdos no son las mismas.

En una nota al pie contenida al final del párrafo citado, el GE añadió una importante consideración digna de reproducirse:⁷⁷

Por ejemplo, el artículo XX del GATT de 1994 es una disposición sobre excepciones generales a tenor de la cual cabe justificar una medida considerada incompatible con una o más disposiciones del GATT de 1994. Por consiguiente, la carga de demostrar la validez de una argumentación formulada en el marco del artículo XX del GATT de 1994 recae en el demandado. Como ha señalado el Órgano de Apelación, el Acuerdo OTC no contiene una disposición sobre excepciones generales. Habida cuenta de las similitudes textuales entre el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC, y del solapamiento de su ámbito de aplicación, el Órgano de Apelación trató la ausencia de una disposición sobre excepciones generales en el Acuerdo OTC aclarando las prescripciones concretas cuyo cumplimiento hay que establecer en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

B. ¿Cuáles son los aspectos específicos del régimen de la Unión Europea para las focas que deben ser considerados para un examen bajo el art. XX?

Para responder esta pregunta el GE utilizó los criterios orientadores establecidos por el OA en el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, y decidió:

7.619 A nuestro juicio, la cuestión relativa a los aspectos específicos de una medida que hay que considerar para analizar una alegación formulada al amparo del artículo XX debe tratarse teniendo presentes *las circunstancias* concretas de una determinada diferencia. *Entre esas circunstancias* cabe citar *la naturaleza y las características de la medida en litigio, la manera en que los reclamantes presentan sus alegaciones con respecto a la medida y la relación entre el GATT de 1994 y otros Acuerdos abarcados de la OMC que se hayan examinado también en relación con la medida de que se trate.* [énfasis añadido]

En cuanto a la naturaleza y las características de la medida en litigio en el presente caso, el GE recordó que ya había constatado que el régimen de la UE para las focas está compuesto por dos elementos: la prohibición de importar focas y sus derivados, y las excepciones CI y GRM.⁷⁸

Así las cosas, al hacer un examen sobre las justificaciones alegadas a los efectos de un apartado del artículo XX del GATT, podría pensarse que *sólo* es necesario analizar *las partes* de una medida que violan alguna obligación contenida en el GATT. Esto es un error. El GE llegó a la conclusión de que su análisis en el marco de los apartados a) y b) del artículo XX debía centrarse en primer lugar en el régimen de la Unión Europea para las focas *en su conjunto* (por oposición a cada una de las partes que lo componen).

Para llegar a esta conclusión, utilizó los criterios orientadores establecidos por el OA en el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, ya que observó que en aquel caso se daban circunstancias fácticas similares. Lo cierto es que en *Estados Unidos – Gasolina* la medida en cuestión se revisó en el contexto del apartado g), y no en el contexto de los apartados a) y b) del artículo XX del GATT. A pesar de esto, el GE consideró “ilustrativa la forma en

⁷⁷ *Ibidem.*, nota al pie 946.

⁷⁸ *Ibidem.*, párrafo 7.620.

que el Órgano de Apelación sopesó y examinó la interrelación entre los diferentes componentes de la medida a los efectos de un apartado del artículo XX”, y remató señalando:

7.622 Como la medida en litigio en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, las excepciones CI y GRM guardan una relación "sustancial" con la prohibición dado que las excepciones no pueden existir sin la prohibición y que las excepciones informan el alcance de la prohibición.

Utilizando el lenguaje del Órgano de Apelación del caso *Gasolina*, el GE continuó con su argumentación:

7.622 Por lo tanto, las excepciones CI y GRM "difícilmente pueden entenderse ... si se examinan aisladas estrictamente, divorciadas totalmente de" la prohibición que impone el régimen de la UE para las focas. Consideramos asimismo que "la incompatibilidad" del aspecto del régimen de la UE relativo a las excepciones con las disposiciones del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III "no niega" esta relación entre las excepciones y la prohibición.

7.624 En estas circunstancias, consideramos que, si bien son los aspectos del régimen de la UE para las focas que infringen el GATT de 1994 (es decir, las excepciones CI y GRM) los que deben ser justificados al amparo del artículo XX, *nuestro análisis en el marco de los apartados a) y b) debe centrarse en primer lugar en el régimen de la UE para las focas en su conjunto*. Es el régimen de la UE para las focas en su conjunto el que persigue el objetivo identificado de la Unión Europea, y no las excepciones en sí mismas consideradas independientemente de la prohibición. Entonces, debemos examinar si el régimen de la UE para las focas, y en particular las distinciones establecidas en forma de las excepciones CI y GRM, se aplican de manera compatible con las prescripciones que figuran en la cláusula introductoria del artículo XX. Este enfoque está justificado, en nuestra opinión, por el hecho de que una excepción a una norma general, por definición, difícilmente se consideraría "necesaria", por sí misma, para alcanzar un objetivo de política de la norma general. [énfasis añadido]

Al formular el argumento contenido en la última frase del último párrafo recientemente citado, parece⁷⁹ ser que el GE tomó prestado el argumento utilizado por Colombia⁸⁰ en el contexto del análisis del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC (específicamente en la parte en la que el GE analizaba cuáles eran los objetivos perseguidos por el régimen de la Unión Europea para las focas). En ese contexto, el GE recordó que los reglamentos técnicos pueden tener varios objetivos.⁸¹ El argumento colombiano lo presentamos a continuación, en la voz del GE:

Colombia ha sostenido que, aunque los Miembros pueden tratar de abordar en un reglamento técnico más de una preocupación gubernamental, "parece un tanto difícil aceptar que sea legítimo promulgar una medida con un objetivo principal y luego imponer excepciones a esa medida que ... socaven el principal objetivo de la política". [...] Colombia mantiene, por lo tanto, que *la cuestión jurídica importante en la supuesta infracción de las disposiciones del Acuerdo OTC es "la relación que existe entre [diferentes objetivos de política]" de un reglamento técnico*.⁸² [énfasis añadido]

⁷⁹ Decimos "parece" porque el GE en su nota al pie número 959 hace referencia expresamente a su propia nota al pie número 454, la cual no tiene nada que ver con el argumento del GE. Así las cosas, estimamos que realmente el GE quería hacer alusión a la nota al pie número 656, en la cual expresamente se reconoce el argumento de Colombia.

⁸⁰ Colombia participó como tercera parte en esta diferencia.

⁸¹ Cfr. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.400

⁸² *Ibidem*, nota al pie 656.

Así las cosas, no parece que sea una casualidad que al analizar “la naturaleza y las características de la medida de la UE”, el GE haya señalado que la prohibición y las excepciones contenidas en el régimen de la Unión Europea para las focas “guardan una estrecha relación entre sí”.⁸³

Por las dos razones expuestas creemos que el GE tomó como inspiración al argumento colombiano, lo cual demuestra el importante rol que pueden jugar las terceras partes en un litigio concreto en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

C. Apartado a) del artículo XX

Existe una sólida y robusta jurisprudencia que ya ha visitado esta cuestión. Utilizando el lenguaje de dicha jurisprudencia, el GE señaló que el análisis de la necesidad de una medida en el sentido del apartado a) del artículo XX se establece a través de un proceso en el que se sopesan y se confrontan todos los factores pertinentes, especialmente:

- el alcance de la contribución al logro del objetivo de una medida, y,
- el grado de restricción del comercio que implica, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o valores en juego.

Teniendo en cuenta las constataciones que el GE hizo en el contexto del análisis del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC (específicamente en la parte en la que el GE analizaba cuáles eran los objetivos perseguidos por el régimen de la Unión Europea para las focas), y de las cuales dimos cuenta en la sección V.1 de este trabajo, el GE concluyó que el objetivo de política perseguido por la Unión Europea ("atender a las preocupaciones de moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas") está comprendido en el ámbito del apartado a) del artículo XX ("proteger la moral pública").⁸⁴

Además, el GE recordó que ya había constatado que efectivamente la preocupación de orden moral con respecto a la protección de los animales, es un valor o interés importante. Curiosamente el GE en el *CE – Productos derivados de las focas*, en su nota al pie número 972 reprodujo una parte del informe de otro GE en el asunto *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, la cual transcribimos con el ánimo de ofrecer una pregunta provocativa:

[...] *no consideramos que sea una simple casualidad que la excepción relativa a la 'moral pública' sea la primera excepción identificada en los 10 apartados del artículo XX.* Por tanto, estamos de acuerdo en que la protección de la moral pública es un valor o interés sumamente importante. [énfasis añadido]

El GE en el *CE – Productos derivados de las focas* no se pronunció al respecto, pero ciertamente el párrafo anteriormente citado pone en el aire la siguiente pregunta: ¿las excepciones contenidas en el artículo XX pueden ser tasadas con un diferente grado de importancia? En otras palabras, ¿puede estimarse que la moral pública es un valor más importante que el medio ambiente o la salud pública? La forma en que se interrelacionan estos y otros valores de interés público contemplados en el artículo XX del GATT, y en otros acuerdos OMC como el Acuerdo OTC, sin duda requiere un estudio profundo, motivo por el cual no nos atrevemos a ensayar una respuesta.

Retomando el análisis del GE en el *CE – Productos derivados de las focas*, adelantamos que este panel concluyó que el régimen de la UE para las focas se considera

⁸³ *Ibidem.*, párrafo 7.620.

⁸⁴ *Ibidem.*, párrafo 7.631 y 7.632.

provisionalmente necesario en el sentido del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994, por las siguientes razones:

7.633 al evaluar la contribución de una medida al objetivo perseguido en el contexto del artículo XX del GATT de 1994 el Órgano de Apelación afirmó que dicha contribución existe cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo perseguido y la medida de que se trate. En cuanto al método empleado para hacer una evaluación de la contribución de la medida, el Órgano de Apelación aclaró que en último término depende de la naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas con que se cuenta en el momento en que se realiza el análisis. Además, el análisis de la contribución puede hacerse desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo.

7.634 Dada la estrecha relación que existe entre el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC y la necesidad de interpretar las disposiciones pertinentes de ambos Acuerdos de forma coherente y armónica, consideramos que el análisis de la contribución de una medida a un objetivo en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es también pertinente para un análisis análogo en el marco del artículo XX del GATT de 1994. En *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Órgano de Apelación recordó que al evaluar la necesidad de una medida en el contexto del párrafo 2 del artículo 2, un GE debe evaluar la contribución *efectiva* de la medida en litigio al objetivo legítimo, como sucede en otras situaciones, por ejemplo, cuando se determina la contribución de una medida al logro de un objetivo concreto en el contexto del artículo XX. En consecuencia, nos remitiremos a nuestro análisis pertinente en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC siempre que sea necesario para el análisis de la contribución de la medida en el contexto del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994.

7.635 Antes de comenzar nuestro análisis, nos ocupamos de un elemento adicional en relación con la contribución de la medida en el contexto del artículo XX del GATT de 1994: el grado de restricción del comercio de una medida. El Órgano de Apelación declaró, en el contexto del apartado b) del artículo XX, que cuando una medida produce efectos de restricción del comercio internacional tan graves como los que se derivan de una prohibición de las importaciones, sería difícil que un GE constatará que esa medida es necesaria de no estar convencido de que la medida es adecuada como contribución importante al logro de su objetivo. Por lo tanto, el grado de restricción del comercio de una medida está estrechamente relacionado con el grado de su contribución al objetivo, que ha de ser demostrado al evaluar la necesidad general de una medida en el contexto del artículo XX del GATT de 1994.

7.636 Habida cuenta de las circunstancias particulares de la presente diferencia y de la orientación proporcionada por el Órgano de Apelación, *consideramos que, para formular una constatación preliminar de que la medida en su conjunto es "necesaria" en el sentido del apartado a), es preciso demostrar que la contribución hecha por la "prohibición" al objetivo identificado es como mínimo importante, dado su grado de restricción del comercio.* Como se explicó en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, hay que evaluar también el grado efectivo de la contribución de la prohibición teniendo en cuenta el efecto en el funcionamiento de la prohibición de las excepciones explícitas e implícitas. Ello nos permitirá evaluar objetivamente la necesidad de la medida frente a cualquier medida alternativa compatible con el GATT o menos restrictiva del comercio que esté razonablemente al alcance y haga una contribución al objetivo equivalente o superior a la de la medida en cuestión. [énfasis añadido]

7.637 En relación con el aspecto del régimen de la UE para las focas que constituye la prohibición, recordamos nuestra constatación anterior de que la prohibición contribuye al objetivo de la Unión Europea al reducir, *en cierta medida*, la demanda mundial de productos derivados de las focas y al ayudar a los ciudadanos de la UE a evitar la exposición a los productos derivados de

las focas en el mercado de la UE que puedan haberse obtenido de focas sacrificadas de forma cruel. *En la medida en que está prohibido que esos productos derivados de las focas entren en el mercado de la UE, constatamos que la prohibición hace una contribución importante al objetivo de la medida.* [énfasis añadido]

7.638 Sobre la base de la evaluación anterior, el régimen de la UE para las focas puede considerarse provisionalmente "necesario" en el sentido del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994, a no ser que se demuestre que la Unión Europea podía haber adoptado una medida compatible con el GATT o menos restrictiva del comercio como alternativa a su régimen para las focas. Sin embargo, por las razones que se explican detalladamente en la sección 7.3.3.3.4 *supra*, hemos concluido que la medida alternativa propuesta por los reclamantes no estaba razonablemente al alcance de la Unión Europea habida cuenta, entre otras cosas, de los riesgos para el bienestar de los animales y los problemas cuya existencia se ha constatado en la caza de focas en general. *Por lo tanto, concluimos que el régimen de la UE para las focas se considera provisionalmente necesario en el sentido del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994.* [énfasis añadido]

D. Apartado b) del artículo XX

La Unión Europea no busca con su régimen para las focas la protección del bienestar de las focas. Estamos hablando estrictamente en un sentido jurídico, a efectos del artículo XX. Lo que persigue su régimen, de acuerdo a la Unión Europea, es atender a las preocupaciones de orden moral de la población de la Unión Europea reduciendo el número de focas a que se mata.

A continuación dejamos constancia del único párrafo que el GE dedicó en su informe a atender la cuestión del apartado b):

7.640 Hemos tomado nota del argumento de la Unión Europea según el cual su régimen para las focas, en la medida en que atiende a las preocupaciones de orden moral de la población de la UE reduciendo el número de focas a que se mata, también está comprendido en el ámbito del apartado b) del artículo XX, ya que contribuye a proteger la salud de las focas. *En esta diferencia, la Unión Europea no ha sostenido en ningún momento que la protección del bienestar de las focas en sí misma fuera el objetivo de su régimen para las focas.* Sobre la base del examen de la medida en litigio, así como de otras pruebas que nos han sido sometidas, hemos determinado que el objetivo de dicho régimen es atender a las preocupaciones de moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas. También hemos constatado que este objetivo está comprendido en el ámbito del objetivo de política que se rige por el apartado a) del artículo XX. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta el alcance limitado de los argumentos formulados por la Unión Europea en el marco del apartado b) del artículo XX, consideramos que la Unión Europea no ha acreditado prima facie su alegación al amparo de dicha disposición. [énfasis añadido]

E. Cláusula introductoria del artículo XX

Recordamos que la cláusula introductoria (también llamada preámbulo o *chapeau*) del artículo XX, se refiere a la manera en la que son *aplicadas* las medidas. En este orden de ideas, el GE resonó los criterios orientadores establecidos en la jurisprudencia OMC respecto al análisis del preámbulo del artículo XX, y observó que una incompatibilidad con este preámbulo puede determinarse al constatar la existencia de alguno de estos tres tipos de situaciones *relativas a la aplicación de medidas*:

- a) una discriminación arbitraria entre países en que prevalezcan las mismas condiciones;
- b) una discriminación injustificable entre países en que prevalezcan las mismas condiciones; o,

c) una restricción encubierta al comercio internacional.⁸⁵

Así las cosas, el GE señaló:

7.646 Sobre la base de esta orientación, centraremos nuestro análisis del régimen de la UE para las focas en el marco de la cláusula introductoria en la cuestión de si dicho régimen, y en particular las distinciones establecidas a través de las excepciones CI y GRM, se aplican en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable.

Luego, el GE reconoció que, jurídicamente, existen diferentes tipos de discriminación en el GATT de 1994. En otras palabras, el examen de la discriminación del artículo I o III del GATT es diferente al de la discriminación en la aplicación de la cual habla el preámbulo del artículo XX. Sin embargo, atendiendo las circunstancias específicas del *CE – Productos derivados de las focas*, el GE se apartó de este criterio, y delineó la relación existente entre, por un lado, la discriminación en la aplicación del régimen de la Unión Europea, y, por otro lado, los efectos discriminatorios derivados de las excepciones CI y GRM:

7.648 [...] consideramos que la discriminación que se alega existe en la aplicación del régimen de la UE para las focas en el sentido de la cláusula introductoria es el resultado de los efectos discriminatorios constatados en las excepciones CI y GRM de conformidad con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III.⁸⁶

7.649 En consecuencia, procedemos a examinar si esa discriminación es arbitraria o injustificable en el sentido de la cláusula introductoria del artículo XX y si surge entre países en que prevalecen las mismas condiciones.

El GE también aclaró que sus análisis “en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC acerca de la legitimidad de las excepciones CI y GRM son pertinentes para la evaluación de la compatibilidad de las excepciones con las prescripciones de la cláusula introductoria y se aplican a dicha evaluación”:

7.650 *En cuanto a la excepción CI*, dados los beneficios reconocidos para las poblaciones inuit, constatamos que la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías CI (y por lo tanto los productos regulados con arreglo a esa distinción) *es justificable a pesar de la falta de relación racional con el objetivo de la medida. Sin embargo*, por las mismas razones expuestas en el marco del Acuerdo OTC, *constatamos que debido a la falta de imparcialidad en el diseño y la aplicación de la excepción CI, dicha excepción no satisface las prescripciones de la cláusula introductoria del artículo XX. Con respecto a la excepción GRM, constatamos que la distinción entre cacerías con fines comerciales y cacerías GRM no está racionalmente relacionada con el objetivo ni basada en motivo justificable alguno. Además*, de conformidad con la opinión que expresamos en el contexto del Acuerdo OTC, *la excepción GRM no está diseñada ni se aplica de forma imparcial, por lo que es incompatible con las prescripciones de la cláusula introductoria*

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 184.

⁸⁶ Nota al pie original en esta cita: “Somos conscientes de que ‘la ‘naturaleza y calidad’ de la discriminación a que se hace referencia en el preámbulo del artículo XX son distintas de la discriminación en el trato dado a los productos cuya incompatibilidad con una de las obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994 ya pudiera haberse constatado”. Informe del GE, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 7.229 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 25). Sin embargo, consideramos que las circunstancias de la presente diferencia apoyan el enfoque que hemos adoptado. Específicamente, se incluyen en esas circunstancias: el carácter de la medida, que tiene excepciones a una prohibición que dan lugar a discriminación; la manera en que los reclamantes enmarcaron sus alegaciones centrándose en el aspecto de la medida relativo a las excepciones; y la necesidad de interpretar las disposiciones pertinentes del Acuerdo OTC (es decir, la cláusula introductoria y los párrafos 1 y 2 del artículo 2) y del GATT de 1994 de forma coherente y armónica”. Informes del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, nota al pie número 991.

del artículo XX. [énfasis añadido]

7.651 Así pues, concluimos que la Unión Europea no ha demostrado que los efectos discriminatorios constatados en las excepciones CI y GRM previstas en el régimen de la UE para las focas estén justificados al amparo del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994.⁸⁷

VIII. Otros alegatos: artículo XI del GATT, artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura y artículo XXIII del GATT

1. Párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994

El artículo XI establece las condiciones de importación de un producto. En términos generales, exige a los miembros de la OMC que no se impongan prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto.

El GE “entendió” que los reclamantes sostienen que cada excepción del régimen de la Unión Europea para las focas (CI, GRM y la relativa a los viajeros) produce un efecto limitador de las importaciones, por lo que infringe el párrafo 1 del artículo XI. Sin embargo, aceptó que “es el régimen de la UE para las focas *en su conjunto*, que establece excepciones específicas a una prohibición, el que da lugar a efectos restrictivos en la importación de productos procedentes de determinadas fuentes”. Por esta razón, el GE rechazó los alegatos presentados por el Canadá y Noruega:

7.663 Sobre la base de las consideraciones anteriores, no nos convence el argumento de los reclamantes de que cada una de las excepciones -CI, GRM y la relativa a los viajeros- impone individualmente una restricción a las importaciones, en violación del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.

2. Párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura (Noruega)

Este alegato fue esgrimido por Noruega como una condición suspensiva:

7.664 [...] si se constata que el “régimen de la UE para las focas” infringe el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994, entonces también infringiría el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura, porque una restricción cuantitativa a la importación a los efectos del párrafo 1 del artículo XI constituiría también una “restricción cuantitativa de las importaciones” de productos agropecuarios prohibida por el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura.⁸⁸

El GE rechazó revisar este alegato, en virtud de que la condición suspensiva no se cumplió.

3. Alegación no basada en una infracción formulada al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994

El GE comenzó haciendo alusión a la jurisprudencia relevante. Acto seguido, señaló que no podía abordar los alegatos bajo el artículo XXIII porque no tenían un fundamento válido:

7.677 El Órgano de Apelación ha avalado el fundamento de las reclamaciones no basadas en una infracción identificadas en un precedente del GATT según el cual “[l]a idea [...] subyacente [a las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo XXIII] es que la mejora de las posibilidades de competencia que cabe legítimamente esperar de una concesión arancelaria puede verse frustrada no sólo por medidas contrarias al Acuerdo General sino también por medidas compatibles con

⁸⁷ *Ibidem.*, párrafos 7.650 y 7.651.

⁸⁸ *Ibidem.*, párrafo 7.664

este instrumento".⁸⁹ Sin embargo, el Órgano de Apelación ha confirmado al mismo tiempo que "el recurso previsto en el párrafo 1 b) del artículo XXIII 'debe ser objeto de un enfoque prudente y seguir siendo una acción excepcional'".

7.679 [...] Recordamos que hemos constatado que las excepciones CI y GRM infringen el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, respectivamente, y que no están justificadas con arreglo al apartado a) del artículo XX del GATT de 1994. Además, se ha constatado que las dos excepciones incumplen también el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁹⁰ Habida cuenta de esas constataciones, debemos considerar si es necesario que abordemos también la alegación no basada en una infracción que han planteado los reclamantes al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994.

7.682 [...] A nuestro juicio, las "condiciones relativas de competencia" que según alegan los reclamantes se ven trastornadas por las excepciones CI y GRM son precisamente las condiciones que se han tratado en nuestras constataciones de infracción en el marco del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.683 Por consiguiente, la aceptación y aplicación por la Unión Europea de nuestras constataciones de infracción en el marco del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC suprimiría el fundamento de las alegaciones de anulación o menoscabo no basadas en una infracción planteadas por los reclamantes. En consecuencia, nos abstenemos de examinar las alegaciones no basadas en una infracción formuladas por los reclamantes al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994.

IX. Constataciones y conclusiones del GE

A continuación ofrecemos un resumen de las constataciones y conclusiones del GE.⁹¹ Con respecto a las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo OTC, el GE señaló:

- a) que el régimen de la UE para las focas es un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC;
- b) que la excepción CI y la excepción GRM previstas en el régimen de la UE para las focas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 porque el efecto perjudicial causado por dichas excepciones no se deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas y, en consecuencia, las excepciones dan a los productos derivados de las focas importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos derivados de las focas nacionales y de otro origen extranjero similares;⁹²
- c) que el régimen de la UE para las focas no es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 porque alcanza el objetivo de atender a las preocupaciones de moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas en cierta medida, y no se ha demostrado que una medida alternativa haga una contribución al logro del objetivo equivalente o superior a la del régimen de la UE para las focas;
- d) que la Unión Europea ha actuado de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1.2 del artículo 5 porque los procedimientos de evaluación

⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 185 (donde se cita el informe del GE del GATT, *CEE - Semillas oleaginosas*, párrafo 144). Véase también el informe del GE, *Japón - Películas*, párrafo 10.35.

⁹⁰ Esta constatación se circunscribe a la diferencia planteada por el Canadá.

⁹¹ Recordemos que en esta controversia el Canadá y Noruega presentaron separadamente sus alegatos y sus memoriales. Aunque en términos generales los alegatos son muy parecidos, lo cierto es que algunos alegatos sólo fueron ofrecidos por el Canadá, mientras que otros sólo fueron ofrecidos por Noruega. Por esta razón, las constataciones y conclusiones del GE difieren ligeramente para una y otra parte. Cuando una constatación sólo sea aplicable a uno de los reclamantes, así lo indicaremos en una nota al pie.

⁹² Esta constatación sólo fue hecha para el Canadá. Cfr. Informes del Grupo Especial, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 8.2 (DS400 y DS401).

de la conformidad previstos en el régimen de la UE para las focas no pudieron permitir que el comercio de productos que satisfacen las condiciones tuviera lugar a partir de la fecha de entrada en vigor de dicho régimen;⁹³ y

- e) que ni el Canadá ni Noruega han demostrado que la Unión Europea actuara de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 2.1 del artículo 5.

Con respecto a las alegaciones formuladas al amparo del GATT de 1994:

- a) que la excepción CI prevista en el régimen de la UE para las focas es incompatible con el párrafo 1 del artículo I porque una ventaja concedida por la Unión Europea a los productos derivados de las focas originarios de Groenlandia no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos similares originarios del Canadá;
- b) que la excepción GRM prevista en el régimen de la UE para las focas es incompatible con el párrafo 4 del artículo III porque otorga a los productos derivados de las focas importados un trato menos favorable que el concedido a los productos derivados de las focas nacionales similares;
- c) que ni la excepción CI, ni la excepción GRM ni la excepción relativa a los viajeros son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI;
- d) que la excepción CI y la excepción GRM previstas en el régimen de la UE para las focas no están justificadas al amparo del apartado a) del artículo XX porque no satisfacen las prescripciones de la cláusula introductoria; y
- e) que la excepción CI y la excepción GRM previstas en el régimen de la UE para las focas no están justificadas al amparo del apartado b) del artículo XX porque la Unión Europea no ha acreditado prima facie su alegación.

X. Conclusiones de este comentario

El GE ha resuelto que la medida europea, si bien, es compatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, al ser aplicada, es discriminatoria de cara al preámbulo del artículo XX del GATT. También ha hecho importantes constataciones relacionadas con el valor jurídico de los siguientes temas: 1) el rol de la moral pública y el bienestar animal en el GATT y en el Acuerdo OTC; y, 2) las comunidades indígenas y la preservación de su cultura como excepción a obligaciones del Acuerdo OTC (aunque el GE no aceptó que este punto estuviera relacionado con la moralidad de los ciudadanos europeos⁹⁴). El Canadá y Noruega ya han notificado formalmente su apelación,⁹⁵ así que el OA será quien tenga la última palabra en estos temas. Por el momento, dejamos algunas reflexiones sobre los efectos del informe del Grupo Especial.

Respecto al tema de la moral pública como excepción al cumplimiento de las obligaciones OMC, este tema puede ser una nueva ilustración de como preocupaciones extraterritoriales pueden afectar al comercio internacional. Anteriormente, estas preocupaciones estaban protagonizadas por temas relacionados con la conservación del medio ambiente (por ejemplo, caso *Estados Unidos - Camarones*, y recientemente *Estados Unidos - Atún II (México)*), sin embargo, es muy probable que en futuras disputas los litigantes utilicen la excepción de la moral pública como un argumento cada vez más frecuente, por varias razones: es relativamente fácil de comprobar, puede ser más barato probarlo que otras excepciones (por ejemplo, medio ambiente o salud pública), es un

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ *Ibidem.*, párrafo 7.300.

⁹⁵ “El Canadá y Noruega apelan contra los informes sobre los productos derivados de las focas”, OMC: Noticias 2014, 24 de enero de 2014, disponible en http://www.wto.org/spanish/news_s/news14_s/ds400_401apl_24jan14_s.htm

concepto abierto que “varía según el espacio y el tiempo” (por oposición a, digamos, amenazas a la salud pública científicamente probadas). Explico.

Recordemos que, de manera práctica, el GE en este caso definió la moral pública, como “un concepto relativo que es necesario definir sobre la base del criterio de lo bueno y lo malo en una sociedad dada”.

El estándar para cumplir con la carga de la prueba para demostrar la existencia de preocupaciones morales parece bastante laxo y mucho menos oneroso que probar afectaciones a la salud de los humanos o al medio ambiente. El GE aceptó que los diarios de debate y el propio texto de la medida europea eran suficientes para acreditar que en la UE existe una preocupación por el bienestar de las focas, y que dicha preocupación es de carácter moral. Las encuestas, si bien pueden llegar a ser útiles, en este caso fueron desechadas por no ser conclusivas.

Entonces, parece que este caso responde muchas inquietudes relacionadas con la moral pública y el derecho de la OMC. Sin embargo, a nuestro parecer, la resolución de este caso abre más preguntas de las que responde. ¿De qué manera afectarán las constataciones del GE a la industria de los alimentos? ¿Las justificaciones de orden moral eclipsarían el ámbito de acción del Acuerdo MSF y del Acuerdo OTC? A continuación, elaboro en detalle sobre estas dudas razonables.

Por ejemplo, recordemos el caso *CE - Hormonas*, donde se revisó la prohibición de la UE de importar carne tratada con hormonas. Esta medida fue examinada bajo la lupa de la inocuidad, en el contexto del Acuerdo MSF. El GE y el Órgano de Apelación han puesto en duda la validez de la prohibición europea, aunque actualmente sigue vigente. ¿Qué pasaría si en lugar de un alegato sanitario o fitosanitario, los europeos decidieran prohibir las importaciones de carne tratada con hormonas en razón de las preocupaciones morales de sus ciudadanos? Podemos hacer la misma pregunta para los alimentos modificados genéticamente. En este escenario, ¿dónde se podría trazar la línea que separa lo bueno de lo malo?

Así, parecería que las justificaciones de orden moral eclipsarían el ámbito de acción del Acuerdo MSF. Y también mandarían a un segundo nivel de importancia (desde el punto de vista de una estrategia de litigio) los alegatos justificantes bajo el apartado b (la protección de la salud o la vida de los humanos, animales o plantas) y g (la protección de los recursos naturales agotables) del artículo XX del GATT de 1994.

Podemos ofrecer otro ejemplo para contrastar, ahora teniendo al Acuerdo OTC y el caso *Estados Unidos – Atún II (México)* en mente. ¿Qué sucedería si un país decide no permitir las importaciones de atún que haya sido pescado lastimando a los delfines, por cuestiones de orden moral, en lugar de alegatos basado en la protección de los delfines y en la protección del consumidor?

Otros ejemplos vienen a la mente. Trabajo infantil, corrupción, piratería y falsificación. Todos ellos pueden ser moralmente reprobables. Pero ¿podrían justificar el incumplimiento de obligaciones OMC?

Respecto al tema de las comunidades indígenas en general, y de los inuits en particular, sin duda es muy relevante que un GE por vez primera constataste la importancia de preservar su cultura. En principio esto deberían ser buenas noticias para los inuits. Sin embargo, no todos los inuits están contentos con los efectos del régimen de la UE para las focas.⁹⁶ La

⁹⁶ Por ejemplo, Terry Audla, Presidente del Inuit Tapiriit Kanatami, el cual representa aproximadamente 55,000 inuits canadienses, dijo que el enfoque de la medida europea es incorrecto y "orwelliano". Tal vez por eso acudieron a solicitar justicia directamente ante los tribunales de la Unión Europea, aunque sus esfuerzos en ese frente fueron estériles. Los recursos fueron presentados

mayor parte de los inuits afectados por el régimen de la UE para las focas están en Canadá, aunque como se desprende de los hechos del caso, la mayoría de los cazadores canadienses no son inuits. Lo cierto es que este país tiene una industria que ha llegado a cazar 350 mil pieles de focas al año (aunque en los últimos años ha disminuido hasta 40 mil), y gracias a la puesta en marcha de la medida europea ha perdido a su mayor comprador. Son malas noticias para el Canadá.

Así las cosas, esto explica que los canadienses hayan adoptado medidas para intentar promover el consumo de carne de foca fuera de su país.⁹⁷ Supongo que solo los paladares extremos, del tipo de Anthony Bourdain, podrían animarse a consumirlo.⁹⁸

Ciertamente, la dieta occidental es muy sensible a este tipo de alimentos y no parece que muchas personas podrían comerse un filetito de foca. Sobre este punto, encontré una llamativa ilustración que evoca “los intentos de hacernos comer comida inusual y nada apetecible”⁹⁹, la cual dejo a continuación:



Es cierto. Aunque, tal vez con un poco de publicidad puedan interesar a nuevos comensales. Acaso podrían mercadear a la carne de foca como un producto *delicatessen*, para venderse en tiendas “gourmet”. En la próxima visita a la boutique gastronómica habrá que revisar los anaqueles. Tal vez podamos encontrar foca a lado del ragú de jabalí.

por esa organización inuit en conjunto con otras que representan los intereses de los inuit canadienses, así como fabricantes y comerciantes de productos derivados de la foca. Cfr. Comunicados de Prensa n° 3/13 y 123/13, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo, 17 de enero de 2013 y 3 de octubre de 2013, respectivamente. Véase también “*Seal-hunt advocates, protesters await WTO decision*”, The Canadian Press, disponible en <http://www.tbnewswatch.com/news/310086/Seal-hunt-advocates.-protesters-await-WTO-decision>

⁹⁷ “*Canada: Federal and provincial government support for the development and export of seal meat products*”, Global Trade Alert, disponible en <http://www.globaltradealert.org/measure/canada-federal-and-provincial-government-support-development-and-export-seal-meat-products>

⁹⁸ Anthony Bourdain es un comensal famoso por consumir alimentos extravagantes. En un episodio de su show televisivo “No Reservations”, ingiere foca con unos inuits. Aquí un extracto del show: <http://www.youtube.com/watch?v=yGVdYiM5IXw>

⁹⁹ “*Pass the seal hearts!*”, de Christian Tate, en Delayed Gratification # 10, en <http://www.christiantate.co.uk/?p=814>. Seguramente los inuits no están de acuerdo con el autor de la imagen. Tampoco los mexicanos, pues en esa misma edición también aparece una simpática imagen de un tenedor y un saltamontes, alimento muy apreciado en México.